Die Berechtigung zur Klage wegen Besitzverlustes im gemeinen Recht

---

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau

vorgelegt von

Max Gaertner

Referendar

BRESLAU
Verlag von M. & H. Marcus

Seinen hochverehrten Lehrern

Herrn Geheimrat Dr. Rudolf Leonhard,

und

Herrn Dr. Paul Jörs,

o. Professoren der Rechte an der Kgl. Universität Breslau

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0097

Cap. I.

Allgemeines über die Besitzentziehungsklagen.

Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, den Besitzanspruch auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes darzustellen. Diesem Thema unterliegen eine Reihe von Rechtsmitteln auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes, die verschiedenen Rechten ihre Entstehung und Ausbildung verdanken.

Das römische Recht hat, wie im dogmatischen Teil näher zu erweisen ist, als einziges rekuperatorisches Rechtsmittel das Interdictum Unde Vi, das kanonische Recht die Spolienklage hervorgebracht. Im gemeinen Recht stehen diese Rechtsmittel neben einander, oder besser gesagt: sie bilden eine Klage, die sich auf das römische Recht gründet, aber durch das kanonische Recht Erweiterungen erfahren hat. Der Grund hierfür liegt darin, dass im deutschen Prozesse die ältere Verschiedenheit der Rechtsmittel nicht mehr in Betracht kommt.

Im B.G.B., dessen rekuperatorischer Besitzesschutz im zweiten Teile der dogmatischen Abhandlung besprochen wird, ist das gemeinrechtliche Rechtsmittel durch die Klage des § 861 B.G.B. ersetzt, daneben aber findet sich hier noch für einen Spezialfall eine im § 867 B.G.B. normierte Klage.

Zeitlich voran steht die Entwicklung des dem römischen Recht angehörigen Interdictum Unde Vi.

Seine Vorgeschichte zeigt uns das Bestehen dieses Interdikts in zwei Formen. Es findet sich schon im sechsten Jahrhundert der Stadt ein Interdictum de vi armata[1]), das sich gegen Dejection aus dem Besitz mittelst Waffengewalt wendet, und ein Interdictum

---

[1]) vgl. Ubbelohde, Gluecks Kommentar Bd. 43/44 IX. Teil V. S. 630. ff.

de vi non armata, welches jede vis atrox sine armis verfolgt. Der Unterschied der beiden Interdikte besteht vor allem darin, dass ersteres keine exceptio vitiosae possessionis zulässt, während sie bei dem letzteren stattfindet.[1]) Einen geschichtlichen Anhalt für die Entstehung dieser Interdikte giebt es nicht, insbesondere lässt sich nicht erweisen, ob sie älter sind als die Interdicta retinendae possessionis[2]). Im sechsten Jahrhundert der Stadt scheinen sie noch nicht lange bestanden zu haben, da ein Lustspieldichter jener Zeit sie als Gegenstand seiner Anspielungen benutzt[3]).

Als Quellen kommen für unsere Interdikte bekanntlich die Reden Ciceros pro Caecina und pro Tullio in Betracht. Beide Interdikte kamen später in das Edict des Salvius Julianus[4]) und erhielten weitere Ausbildung durch die Juristen, ohne in ihrem Wesen verändert zu werden[5]). In der nachklassischen Zeit trat an die Stelle des Interdikts Unde Vi die actio utilis ex causa interdicti Unde Vi[6]) ohne materielle Umgestaltung[7]), sie blieb auch unverändert unter dem Namen momentaria actio oder momentariae possessionis interdictum[8])

Justinian vereinigte die beiden Rechtsmittel, das Interdictum de vi armata und das Interdictum de vi non armata zu einem Rechtsmittel, dem er die den beiden früheren Rechtsmitteln gemeinsamen

---

[1]) Jörs, Birkmeyers Encyclopädie S. 106.

[2]) Vgl. über die Frage, ob das Interdikt Unde Vi älter als das Uti Possidetis sei, Klein, Sachbesitz u. Ersitzung S. 105 n. 33 u. die dort Citierten.

[3]) bzgl. des Alters des Unde Vi s. auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II. 323. Pfersche, die Interdikte S. 74 n. 4. Witte, Interdictum Uti Possidetis S. 44, Kuntze, Excurse S. 490. Bekker, Recht des Besitzes S. 99. Ubbelohde, Glücks Comm. 43/44 S. 630. ff. Dernburg, Pand. I § 188 n. 3.

[4]) vgl. darüber Lenel, Edictum perpetuum S. 374 ff.

[5]) vgl. Lenel S. 374 ff. — Pfersche a. a. O. S. 24. — Hartmann-Ubbelohde, Ordo jud. S. 539 n. 72. Ubbelohde a. a. O. S. 661 ff.

[6]) Inst. IV. 15 § 8 a C. sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset Pflüger, Besitzklagen S. 327 ff. Pfersche a. a. O. S. 24, vgl auch Bethmann-Hollweg III. S. 396; Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts. S. 184.

[7]) Savigny, Recht des Besitzes S. 422 ff. Bruns, Besitzklagen S. 86 ff.

[8]) Bruns a. a. O. S. 86 bis 166. Ubbelohde S. 662. Cod. IV. 6, c. 1. 3. Cod. VIII. 4, 8. VIII. 5. 1.

Grundzüge unterlegte[1]). Die Ursache der Vereinigung beider Interdikte ist darin zu finden, dass das öffentliche Strafrecht mehr und mehr Normen ausbildete, welche die Bestrafung der Gewalt betrafen und dadurch die besondere Art der Bestrafung mittels der Pönalstipulationen des Interdiktenverfahrens überflüssig werden musste[2]). Ausserdem aber steht diese Vereinigung der Interdikte durch Justinian wohl damit im Zusammenhange, dass die Erstarkung der Amtsgewalt die Eigenmacht strafbarer erscheinen liess als früher (vgl. c. 7 Cod. VIII 4 U. V. furoris audaciam)" und daher eine mildere Beurteilung der vis quotidiana gegenüber der vis armata nicht am Platze schien. Das Byzantinische Recht nach Justinian zeigt den Charakter des Verfalles auch auf dem Gebiete des Interdikts Unde Vi. Es unterschied ein pönales und nicht pönales Interdikt Unde Vi und warf das Interdikt Unde Vi mit der actio metus und der actio vi bonorum raptorum zusammen.[3]).

Die germanischen Gesetze des Occidents entstellten das Interdikt Unde Vi, sofern sie dasselbe aufnahmen[4]), ebenfalls[5]).

Das Interdictum Unde Vi oder die actio subrogata in locum interdicti Unde Vi der Glossatoren stellte das Interdiktum Unde Vi in voller Reinheit wieder her[6]). Nur in einzelnen Beziehungen machte sich das Bedürfnis der Zeit bezüglich dieser Klage geltend. Sie wurde auch auf Rechte ausgedehnt, nur einzelne wenige, unter ihnen Azo, hielten streng hierin an den Grundsätzen des römischen Rechts fest und führten einen Verzweiflungskampf gegen die neue Richtung[7]). Aber auch Azo erkannte den Rechtsbesitz bei Zehnten und Patronatsrechten an[8]). Eine Neuerung bedeutete das Aufkommen von Präsumtionen auf dem Gebiet der Besitzklage. Die für das Interdictum Unde Vi in Betracht kommende dritte Placentinische Präsumtion[9]) wurde wie die übrigen Präsumtionen

[1]) Über die Grundzüge des Int. de vi armata u. de vi de non armata wird im dogmatischen Teil gesprochen.

[2]) Ubbelohde a. a. O. S. 163.

[3]) Bruns a. a. O. S. 93 ff.

[4]) Bruns, Recht des Besitzes S. 93 ff.

[5]) Bruns a. a. O. S. 97.

[6]) Bruns a. a. O. S. 98.

[7]) Bruns a. a. O. S. 103 ff.

[8]) Landsberg, die Quaestiones des Azo Freiburg 1888, anders Bruns. a. a. O. S. 119.

[9]) Landsberg a. a. O., S. 78, 79. Ruffini, l'actio spolii Torino 1889. S. 264.

zu dem Zwecke aufgestellt[1]), der objektiven Beweistheorie des Mittelalters Erleichterung zu bieten[2]). Doch fand sich die Praxis nur teilweise bereit, diese Präsumtion, welche dem Kläger nur den Beweis des älteren Besitzes zumutete, aufzunehmen[3]). Andere Richtungen in der Praxis lehnten es ab, die Fortdauer des älteren Besitzes zu präsumieren, und hielten durchaus an den Grundsätzen des römischen Rechts fest[4]), auch verwarfen sie die sich teilweise in der Praxis bemerkbar machende Verwischung von Turbation und Dejection, die mit der Präsumtion im Zusammenhang stand.

Gleichzeitig fand in einem Teile der Praxis die Cumulation von Petitorium und Possessorium im beschränkten Masse Eingang[5]), man liess sie besonders bei Rechtsbegriffen, die aus dem öffentlichen Rechte stammten[6]), zu. Man kolorierte den Besitz, man machte ihn durch Nachweis des Titels wahrscheinlich, um mehrere Urteile im Possessorium wie Petitorium zu vermeiden[7]), auch gab man der exceptio dominii in gewissem Umfange Raum[8]).

Während das Interdiktum Unde Vi so fortlebte, entwickelte sich in der Praxis des kanonischen Rechts um die Mitte des 12. Jahrhunderts ein Rechtsmittel, das dem Interdiktum Unde Vi später als ebenbürtig zur Seite treten sollte[9]). Den Ausgangspunkt des neuen Rechtsmittels bildet das Canon Redintegranda der Pseudo Isidorischen Decretalen[10]). Dieses bestimmt, spoliierte Bischöfe

---

[1]) Sie lautet bei Roffred: Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam Placentinus, quod si aliquando probo, me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio, per arg. l. 16 C. de probation.

[2]) Maassen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker u. Muther Bd. III, S. 232.

[3]) Ruffini, a. a. O., S. 269.

[4]) Ficker, Urkunden zur Reichs- u. Rechtsgechichte Italiens n. 192, p. 233. Ruffini a. a. O., p. 270 ff. Pars. IV cap. 1 § 3, anders Delbrück a. a. O., p. 114 anders Bruns, Jahrb. des gem. d. Rechts IV, p. 58.

[5]) Bruns, Jahrb. d. gem. d. Rechts, S. 64 ff. Ruffini, S. 267 ff. Meischeider, Besitz u. Besitzesschutz, S. 169.

[6]) Ruffini a. a. O. S. 267 ff.

[7]) Bruns, Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. S. 70 ff.

[8]) Bruns ebenda S. 70 ff. Ruffini a. a. O. S. 268 ff.

[9]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 144 ff. Ruffini, S. 141 ff.

[10]) c. 3. C. qu. 1.

dürften sich, wenn sie mit einer Criminalanklage belangt würden, auf diese nicht einlassen, bevor ihnen durch die Kirchengewalt nicht ihre geraubten oder sonst entzogenen Sachen wiedererstattet worden wären. Das von Seiten Pseudo Isidors durch Verfälschung früherer Kirchengesetze[1]) zustande gekommene Rechtsmittel ist eine exceptio eigener Art, da mit ihr zugleich ein Klagerecht verbunden ist, dessen Natur sonderbar ist. Das Klagerecht ist bedingt durch die Erhebung der Einrede, letztere durch die Erhebung der Criminalklage[2]). Seiner Struktur nach ist das Canon eine politische Massregel zum Schutz vertriebener Bischöfe, die angeklagt würden, und nicht ein allgemeines Rechtsmittel[3]). Die exceptio spolii findet sich bei Levita, Herard von Tours, bei Angilramnus[4]) und wird schon im IX. Jahrhundert vielfach praktisch angewendet[5]). Wichtig wird die Bestimmung Pseudo Isidors durch Aufnahme in das Decretum Gratiani[6]). Gratian stellt 2 Quästionen hier auf, er selbst denkt aber nicht an eine Trennung von Klage und Einrede[7]). Die älteren Canonisten nach Gratian, Stephan von Tournai, Johannes Faventinus, Rolandus Bandinelli und ein unbekannter Autor in seinem zwischen 1154 und 1179 liegenden Quästionen[8]) fassen die Gratianischen Stellen ebenso nicht im Sinne einer Trennung

---

[1]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 137. zgl. auch Goecke, De except. spolii § 1 Berlin 1858. Ruffini a. a. O., S. 143 ff. — 162 Pars IV cap. I § 2—3.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 144 ff.

[3]) Bruns a. a. O., S. 144. Ruffini Pars. IV, Cap. II § 1, S. 288 ff.

[4]) Bened II 381 III 116, 153. Adit. IV 3—5, 17, Her. c. 71.

[5]) Bruns a. a. O., S. 159 ff. § 20. Ruffini a. a. O. Pars. IV cap. II § 1, S. 162 ff. Wasserschleben, Beitr. zur Gesch. d. falsch. Decret., S. 70. Vgl. über Entstehung der pseud. Isid. Fälschungen u. die Beziehung der Sammlungen zu einander: Simson, die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le Mans. Leipzig 1886. S. 107 ff. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts. — Göttingen 1831. Bd. I, S. 157. (Er vermutet als Quelle die Capitula Angilrami). insbes. über die Capitularien von Benedictus Levita u. die Capitularien von Angilramnus: Ruffini a. a. O., S. 162 ff. Vgl. Bruns, a. a. O. 163 § 21, Ruffini a. a. O., S. 211 ff.

[6]) Bruns a. a. O., S. 163. Ruffini a. a. O., S. 242 ff.

[7]) Bruns a. a. O., S. 163. Ruffini a. a. O., S. 242 ff.

[8]) Ruffini a. a. O., S. 291 Pars. IV cap. 2 § 2. Thaner, die Summa Magistri Rolandi 1874, S. 16, 18. p. LII Thaner a. a. O., Anhang, Incerti auctoris quaestiones, thema I.

von Klage und Einrede auf, diese Auffassung schimmert erst bei Huguccio durch[1]), die ersten Canonisten weichen jedoch insoweit von Gratian und Pseudo Isidor ab, als sie die Ausdehnung auf alle ekklesiastischen Personen als natürliche juristische Consequenz betrachten, besonders aber das neue Rechtsmittel nicht als ein einheitliches Institut, sondern als einen Complex von verschiedenen Instituten betrachten, ohne hierin bei Gratian eine substantielle Änderung anzunehmen[2]).

Schon bei Faventin[3]) ist die Ausdehnung auf alle ekklesiastischen Personen vorhanden, bei Gratian lediglich die Beschränkung auf Bischöfe. Die Entwicklung fällt daher in die zweite Hälfte des zwölften Jahrhunderts, mithin in den Rahmen der Schule von Bologna[4]), der die älteren Decretisten angehörten[5]). Dem gleichzeitigen Einfluss des römischen Rechts ist daher die Ausgestaltung des neuen Rechtsmittels, nicht aber einem Missverständnis der Gratianischen Einteilung zu verdanken[6]). Im Geiste der für den Humanismus begeisterten Zeit lag es begründet, dass die als allein mustergültig anerkannten Grundsätze des römischen Rechts auch auf die Beurteilung rein kanonischrechtlicher Institute angewandt wurden. Der romanisierenden Richtung erschien die exceptio spolii Pseudo Isidors und Gratians als ein Institut, in dem nach römischen Begriffen unvereinbare Grundsätze durcheinander geworfen waren. Ein Rechtsmittel mit Einredecharakter und darin enthaltenem Klagerecht kannte das römische Recht nicht, wohl aber fanden sich in demselben als Besitzschutzmittel die Interdikte vor, das Bedürfnis der Zeit aber verlangte einen weiter gehenden Besitzesschutz. Darum gestaltete man in der Praxis wie in der Theorie die exceptio spolii unter dem Einfluss der Grundbegriffe des römischen Rechts und mit besonderen Blicke auf die Interdikte um. Die De-

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 291. Maassen, Jahrbuch des gem. Rechts 3, S. 227. 1859.

[2]) Ruffini, a. a. O., Pars. IV, Cap. 2 S. 291 ff.

[3]) Johan. Favent. in c. 2. C. III. q 1: Nota, quia, quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intellegitur de omnibus ecclesiasticis personis.

[4]) Landsberg, Quaestiones des Azo XI 182. — Ruffini a. a. O., S. 293.

[5]) Schulte, Geschichte der Quellen des kan. Rechts vol. I, S. 103.

[6]) ebenso Ruffini a. a. O., S. 292 ff.

cretisten widersetzten sich dieser grossen Umgestaltung zunächst[1]), die Späteren konnten sich ihr nicht entziehen. Diese schrittweise Änderung näherte die exceptio spolii den römischen Rechtsmitteln auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes an, die Decretisten entnahmen aus ihnen Grundsätze wie Terminologie, der auf die Allgemeinheit berechnete Charakter der Interdikte brachte es zu Wege, dass man den Sondercharakter der exceptio spolii, ihre Beschränkung auf Bischöfe, den Begriff der canonica institutio daraus entfernte, und das Rechtsmittel aus einer politischen Massregel in ein Institut des allgemeinen bürgerlichen Rechts verwandelte[2]). Die Trennung der Klage von der Einrede war der dem römischen Geiste gemässe nächste Schritt, die Anomalie einer doppelten Funktion des Richters, welche darin bestand, dass die Geltendmachung der Einrede auch ein Klagerecht begründete, musste fallen[3]). Damit im Zusammenhang stand die Umgestaltung der Competenzen der Gerichtshöfe, die Incompetenz der Provinzialsynoden zur Entscheidung hinsichtlich der exceptio spolii hätte eine solche Umwälzung allein nicht hervorgebracht[4]), da auch in andern Ländern die Synoden die Competenz verloren[5]), über angeklagte Bischöfe zu urteilen, ohne dass daraus ähnliche Wirkungen wie in Italien entsprangen. Es ist natürlich, dass das zu einem possessorischen Schutze noch nicht gelangte kanonische Recht sich nach den römischen Rechtsmitteln umsah.

Die von der Einrede getrennte Restitution wurde nach den Werken der Decretisten dadurch bewirkt, dass man dem officium judicis einen Komplex von unabhängigen römischen Klagen substituierte[6]). Zunächst wurden nur die Interdikte verstattet[7]), später seit Huguccio auch die Actio metus und doli[8]). Unzuträglichkeiten bezüglich dieser Rechtsmittel brachten es dahin, dass sie in eine einzige kanonische Klage verschmolzen wurden[9]). Diese,

[1]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff.
[2]) Ruffini a. a. O., S. 291 ff.
[3]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff. a. A. Maassen a. a. O., S. 232.
[4]) Ruffini a. a. O., Pars. IV cap. 2 § 2, 295.
[5]) Maassen a. a. O., S. 231.
[6]) Maassen a. a. O., S. 231 A. 8.
[7]) Idem a. a. O., S. 235.
[8]) Maassen a. a. O., S. 235.
[9]) Maassen a. a. O., S. 239 u. A. 27.

die Condictio ex canone begegnet schon zum ersten Mal in der Summa des Siccardus[1]), welche in die Zeit zwischen 1179 und 1182 fällt[2]). Die volle Sanktion erhielt die aus dem Geiste des römischen Rechts erwachsene Strömung durch die Glosse des Teutonicus, welche vor 1215, wahrscheinlich ins Jahr 1212 fiel[3]). Die Glosse vollzog die Trennung der Einrede und der Klage mit vollem Bewusstsein, von da ab bildete die Einrede nur noch eine dilatorische, auch bei Civilklagen statthafte[4]). Die Restitution wurde durch vier auxilia gegeben: „actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium[5])." Darunter wurde die actio doli und quod metus causa, das Interdiktum Unde Vi, die Klage aus dem Canon Redintegranda und die in integrum restitutio verstanden[6]). Die condictio ex canone aber umfasste die Klagefundamente der andern Klagen mit, machte diese also entbehrlich[7]). Das Festhalten am römischen Recht, dem man die Restitutionsklage eigentlich verdankte, indem man aus ihm und durch Vergleich mit ihm erst die oben geschilderten Wandlungen zu vollziehen befähigt war, bewirkte es, dass man die römischen Rechtsmittel noch lange in Konkurrenz mit der sie alle umfassenden condictio ex canone zuliess[8]). Die spätere romanisierende Gesetzgebung erwies sich der condictio ex canone feindlich, die Decretalen Gregors IX., die als jus posterius dem früheren Rechte derogieren, erkannten sie niemals an[9]). Insbesondere trat Innocenz III. im C. 15 für das römische Recht ein[10]), im c. 18 X de rest. spol 2, 13 beschränkte er gegenüber der condictio ex canone die Haftung des dritten Besitzers in einer diese ablehnenden Weise[11]).

---

[1]) Maassen a. a. O., S. 242, 243.

[2]) Schulte, Geschichte der Quellen und Litteratur des kanonischen Rechts vol. I § 31, S. 143 (Siccard starb 1215) Ruffini a. a. O., S. 337 u. S. 329.

[3]) Maassen a. a. O., S. 244, Schulte a. a. O., S. 193 § 44 u. S. 205 § 48, Ruffini a. a. O. S. 337.

[4]) Bruns a. a. O., S. 168, 174.

[5]) Bruns a. a. O., S. 169, Ruffini a. a. O. 326 ff.

[6]) Bruns a. a. O., S. 169, Ruffini a. a. O. 330.

[7]) Bruns a. a. O., S. 170, Ruffini a. a. O. 331.

[8]) Ruffini a. a. O., S. 331.

[9]) Bruns a. a. O., S. 176 ff. Ruffini a. a. O., S. 334 ff.

[10]) Bruns a. a. O., S. 178. Ruffini a. a. O. 335 ff. Pars. IV, cap. 5 § 2.

[11]) Bruns a. a. O., S. 179. Ruffini a. a. O. 338 ff.

Durch die Stellung der Gesetzgebung liessen sich die Canonisten und die Praxis nicht von der weiteren Beibehaltung und Ausgestaltung der condictio abbringen[1]). Die berühmtesten Canonisten, unter ihnen Hostiensis. († 1271) in seiner Summa super Decretalibus[2]) und im Kommentar zu den Decretalen[3]) sowie Durantis im speculum judiciale[4]) erklärten sich für die condictio[5]), ihnen folgte die Mehrzahl der Legisten[6]) sowie die Praxis vieler italienischer Gerichtshöfe, insbesondere auch der Rota[7]). Doch fehlte es nicht an Einsprüchen gegen diese Lehre[8]), schon im XIII. und XIV. Jahrhundert traten Innocenz IV.[9]) und Bellamera[10]) dagegen auf. Hinsichtlich der Gestaltung der Klage konnten auch ihre Anhänger nie einig werden[11]).

(Die Frage der Ausdehnung des Klagegrundes, insbesondere auch der Annahme einer Präsumtion des älteren Besitzes blieb immer streitig, ebenso wie der Kampf darüber, wieweit die Passivlegitimation auszudehnen sei, schon in Rücksicht auf das c. 18 nie zur Ruhe kam. Die Frage, ob die Klage auf den Detentor auszudehnen, ferner ob sie das Petitorium in gewissem Umfang zulasse, blieb ebenso unentschieden).

In der 1. Hälfte des XVI. Jahrhunderts[12]) erscheint in der Praxis der Rota[13]) zuerst der Name actio spolii, und zwar anfangs alternativ mit dem Namen Condictio ex canone gebraucht[14]), später verlor sich der Name actio spolii wieder.

---

[1]) Bruns a. a. O., S. 220. Ruffini a. a. O., 340 ff.

[2]) Henr. de Seg, Summa, de rest. spol. 1579, S. 109.

[3]) Idem, Comm. fol. 59 n. 6.

[4]) Durantis, Spec. jud. de restitut. spoliat. n. 11—19,

[5]) Bruns a. a. O., S. 222 ff. Ruffini a. a. O., S. 341.

[6]) Bruns a. a. O., 225.

[7]) Dec. Rot. Coll. per Th Fastoli num. 1 de a., S. 1336. coll. per Cassador de rest spol. n. 7. coll. Peutinger 88 n. 6.

[8]) Bruns a. a. O., S. 223 ff. Ruffini a. a. O., S. 341 ff.

[9]) Innocenz im Comm. z. d. V Büchern d. Decret. de rest spol. c. 15, c. 18

[10]) Bellamera gestorb. 1392 s. Schulte, a. a. O. vol. II, S. 274. Bellamera, Praelect. in Dec. lib. c. XVIII n. 6.

[11]) Bruns, S. 227 ff.

[12]) Schon 1544 sagt Puteo: „Actio spolii, puta remedium can. reint.“ Put. Decis. lib. II dec. 176 fol. 195.

[13]) Ruffini, a. a. O., S. 391 ff,

[14]) Putei Decisiones, lib. II dec. 176 (1544) fol. 195, dec. 278 fol 224. Venez. 1605; dagegen Dec. novissimardum 915 (1545) p., 370. Lugd. 1603. Farinacei dec. Rot. tom I (1592) Lugd. 1640; Peyna Dec. Rot.

Unter dem alten Namen kam die Klage darauf in die romanischen und germanischen Länder, nach Spanien[1]), Frankreich[2]) und Deutschland[3]), um auch hier neben bereitwilliger Aufnahme heftigen Widerspruch zu finden. In Spanien wandte sich zuerst Sarmiento de Mendoza[4]), ebenso wie Retez[5]) und Tellez[6]) gegen sie. Sarmiento insbesondere gegen die Ausdehnung der Passivlegitimation.

In Deutschland trat durch die Reception im XV. Jahrhundert zu der condictio ex canone Red. das Interdictum Unde Vi[7]), beide bestanden in der Gestalt, die sie bei ihrer von einander unabhängigen Entwicklung zuletzt angenommen hatten, unverändert neben einander fort[8]). Trotz der Reception des Unde Vi drängte aber im XVI. Jahrhundert die condictio ex can. das erstere in den Hintergrund, eine feste Meinung bezüglich der Gestaltung der condictio bestand im einzelnen ebensowenig wie in Italien, während das Interdikt in der rein römischen Gestalt erschien. Gegen die condictio erhoben sich im XVII., XVIII. und XIX. Jahrhundert zahlreiche Angriffe[9]), zunächst trat Giphanius[10]), später Ziegler[11]) gegen sie auf, letzterem, der die Pseudo Isidorischen Decretalen im Urtext vorlegte, stimmte die Theorie zu, die Praxis liess sich wenig überzeugen[12]). Der Verwerfung trat Böttticher mit der Entgegnung gegenüber, die Klage sei durch spätere kanonische Quellen genügend begründet, und durch die Gewohnheit

tom. I, dec. 771; (1599) n. 1. dec. 1805 (1607). Bureo dec. Rot. tom. I Dec. 188 (1640) n. 3 u. tom. II dec. 127 n. 4. tom III dec. 163 ff. Von der Rota geht der Name actio spolii auch auf andere italienische Gerichtshöfe über, dies beweisen: Novarii, Noviss. decis. Regni Neapol dec. 158 n. 4. Editio von 1638. Gratiani Discept. Forens tom. IV. cap. 739 n. 25; tom. V cap. 974. Editio von 1522. Stat. alm. Urb. Rom. cap. 160. Rom 1580.

[1]) Bruns a. a. O., S. 346 ff.

[2]) Bruns, S. 352 ff.

[3]) Bruns, S. 373 ff.

[4]) Sarm. de Mendoz. Tract. de redit eccles I 4.

[5]) Ret., de interdictis III 1 § 25.

[6]) Tel., comment. in c. 18 de rest. spol.

[7]) Bruns a. a. O., S. 374.

[8]) Bruns a. a. O., S. 374.

[9]) Bruns, S. 390.

[10]) Giph. explan. Cod. proleg. ad. lib. 8.

[11]) Ziegler, comm. ad can. Redint. abgedr. in Woltärs Observ. II 35

[12]) Bruns a. a. O., S. 390, 392.

sanktioniert[1]). Er stellte die von der Klage aus dem Kanon Redintegranda handelnden Stellen zusammen und erhielt so ein Klagerecht, das sich nicht auf den einen Kanon, sondern auf das kanonische Recht stützte[2]). Dem Vorbilde der Rota[3]) entsprechend nannte er die Klage actio spolii[4]), wie sie von nun an überall genannt wurde.

Im Anfang des XVIII. Jahrhunderts wandte sich Böhmer[5]), mit Erfolg der Beschränkung der Klage gegen diese[6]), er gestand nur die Bestimmung des c. 18 als Modifikation des Unde Vi zu, gleiche Grundsätze verfocht zu Anfang des XIX. Jahrhunderts Savigny[7]). Beide konnten die Spolienklage nicht ausrotten, nur war insofern der Angriff Böhmers erfolgreich, als diejenige Praxis, die immer unter Opposition dem Rechtsmittel einen seiner Natur nicht entsprechenden Umfang gegeben hatte, endgültig verschwand[8]). (Die Präsumtion der Spoliation und die Passivlegitimation jedes dritten Besitzers an sich wurden aufgegeben. Trotz Böhmer und Savigny hielt man aber daran fest, dass jede widerrechtliche Eigenmacht zur Restitutionsklage genüge, sowie dass sie auf Mobilien und auf den Rechtsbesitz ausgedehnt sei). Nach Savigny trat man noch einmal von einem andern Gesichtspunkt aus der herrschenden Meinung auf dem Gebiete der actio spolii entgegen. Delbrück[9]) und Ziebarth[10]) erklärten die grosse Ausdehnung des

[1]) Böttticher, D. juridica de act. spol. § 10.

[2]) Bruns a. a. O., S. 391 ff.

[3]) Vgl., S. 9 d. Arbeit.

[4]) Dernburg, Lehrb. d. Pand. R. vol. I § 189 n. 1 p. 480. Wächter, Pandekten vol. II § 128. Beilage c. II, p. 94 Leipzig 1881, Meischeider, S. 144 ff. 163 u. Windscheid-Kipp, S. 32 § 162 a n. 1. Randa, a. a. O., S. 218 note 43. Bruns, Recht des Besitzes, S. 391, finden bei Bötticher fälschlich den Ursprung des Namens: „actio spolii!“

[5]) Böhmer, jus eccles. protest II 13 § 8. Doctrin. de action. II 4 § 39, 40.

[6]) Bruns, S. 393 ff.

[7]) Savigny, Recht des Besitzes, S. 509 Savigny, S. 511 ff. will mit Rücksicht auf die obskure Natur des Canon Redintegranda nur das c. 18 gelten lassen.

[8]) Bruns a. a. O., S. 393 ff.

[9]) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts und Nachträge zur dingl. Klage des deutsch. R—s. in Iherings Jahrb. f. Dogm. 10, S. 110—176.

[10]) Ziebarth, Realexekution u. Obligation besonders S. 278 ff.

Rechtsmittels, wie sie das Mittelalter zeigte, für die dem Rechtsmittel allein gebührende Gestalt, indem sie annahmen, dass dasselbe als eine petitorische Klage sich darstelle, in der sich die dingliche Klage des deutschen Rechts erhalten habe[1]).

Diese Theorie fand nur teilweise Annahme[2]), sie konnte die bisherige Auffassung nicht stürzen[3]). Das B.G.B. bedeutet den Abschluss der Entwicklung. Seine Klage aus § 861 trägt die Züge der gemeinrechtlichen Restitutionsklage des XIX. Jahrhunderts. Nur bezüglich des Rechtsbesitzes hat das B.G.B. Einschränkungen. Die Klage des § 867 B.G.B. ist ein neues Gebilde. Die genaue historische Entwicklung erschien erforderlich mit Rücksicht auf eine Reihe von Streitfragen, die schon angedeutet sind, und die sich an die Geschichte der Restitutionsklage anknüpfen. Die Streitfragen über ausreichende Begründung der actio spolii[4]), über deren Existenz als einer possessorischen oder petitorischen Klage[5]), endlich über das Verhältnis der Spolienklage zum Interdictum Unde Vi insbesondere in Bezug auf die Annahme einer gemeinrechtlichen Restitutionsklage oder von zwei Restitutionsklagen neben einander[6]) werden neben der Beeinflussung durch rein dogmatische Erwägungen auch mehr oder weniger von der historischen Gestaltung der Klage abhängen.

Das Gesamtergebnis unserer geschichtlichen Entwicklung wird sich in folgende Sätze zusammenfassen lassen:

Die actio spolii ist zwar von dunkler Herkunft[7]), ist aber durch das kanonische Recht, insbesondere durch die Gewohnheit genügend begründet[8]), es ist daher unrichtig, jede kano-

---

[1]) Delbrück a. a. O. Ziebarth a. a. O., S. 278. Bluntschli, Kr. Überschau.

[2]) Weiske, R. Lex. XIII. S. 105 ff. u. dort Cit. Meischeider, S. 127 ff. 144 ff. 154 ff. 166 ff.

[3]) Gegen Delbrück: Bruns, Jahrb. d. g. R. IV 1 ff. Besitzkl. S. 212 ff, Bluntschli, kr. Übersch. VI 1. Pagenstecher, röm. Lehre v. Eigent. III 207—225. Sintenis I § 46 n. 24. § 532. Vangerow I § 335 a E Goldschmidt, H.R. I. § 80 u. 48. Laband, die vermögensrechtl. Klagen S. 68 ff. Stobbe II § 73, 3 § 77, 5 a E. Lehmann II § 86, 4—6. § 91, 5 a E. Windscheid-Kipp § 162 a n. 1.

[4]) Bruns, Besitzklagen, S. 212. Ruffini a. a. O., S. 353.

[5]) Bruns, Besitzklagen, S. 212 ff.

[6]) Vgl. Bruns, Besitzklagen, S. 225.

[7]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 137 § 17. Ruffini a. a. O., S. 353.

[8]) Bruns a. a. O., S. Ruffini a. a. O., Pars. V cap. 1, S. 353.

nische Erweiterung mit Ausnahme des c. 18 zu leugnen[1]), vielmehr wird eine Anzahl von Erweiterungen über das Interdictum Unde Vi hinaus anzunehmen sein[2]), die im einzelnen festzustellen sind.

Ob man die Spolienklage als allein in Geltung stehend[3]), das Interdikt als beseitigt ansieht, oder ob man die kanonisch-rechtlichen Erweiterungen über das Unde Vi hinaus als Spolienklage, den mit dem Interdikt inhaltlich übereinstimmenden Teil der Spolienklage als Interdikt bezeichnet[4]), bleibt für die rechtliche Beurteilung gleichgiltig.

Die Theorie und Praxis hat nur ein Interesse daran, festzustellen, in welchen Punkten ein Besitzesschutz über das römische Recht hinaus auf Grundlage des kanonischen Rechts und der Praxis besteht[5]). Diese Feststellung ist nur auf Grund eingehender Prüfung möglich.

Gegen die Theorie von Delbrück wird sich von Seiten der geschichtlichen Betrachtung der Klage einwenden lassen, dass seine Annahme, die Spolienklage sei die dingliche Klage des deutschen Rechts[6]), auf unrichtigen geschichtlichen Voraussetzungen aufgebaut ist[7]).

Wahr ist nur die Behauptung Delbrücks[8]) gegenüber Bruns[9]), dass ein Rechtsmittel von so zäher Lebenskraft wie die Spolienklage sich nicht so lange hätte erhalten können, wenn es nur der Fälschung, der Nachlässigkeit und dem Unverstand seine Entstehung und Ausbreitung verdanken würde[10]). Aber die Quellen, aus denen unser Rechtsmittel Nahrung schöpfte, waren nicht die deutschrechtlichen Anschauungen, sondern das in ungeschwächter Kraft wiedererstandene römische Recht[11]).

---

[1]) Wie Savigny, Recht des Besitzes a. a. O., S. 509 es thut.

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 225.

[3]) So Ruffini a. a. O. Pars. V. cap. 4 § 2.

[4]) Vgl. Weiss, das Verhältnis der Spolienklage zum Interdikt U. V. Greifswald 1895.

[5]) Bruns, Besitzklagen, S. 225.

[6]) Delbrück a. a. O., S. 155.

[7]) Ruffini a. a. O. S. 338 ff.

[8]) Delbrück a. a. O., S. 155 ff.

[9]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 170, 171.

[10]) Ruffini a. a. O. Pars. V. cap. 4 § 2.

[11]) Vgl., S. 6 dieser Arbeit.

Das Zusammenfallen der Blüte der Schule von Bologna und der Entstehung des Rechtsmittels ist bedeutsam, der Zusammenhang ist nachgewiesen[1]). Nicht die Form, sondern Form und Inhalt entnahm das neue Rechtsmittel dem römischen Recht. Alle einzelnen Phasen der Umbildung des alten, eine politische Massregel darstellenden Mittels in das neue Rechtsmittel kennzeichnen den römischen Geist so sehr, dass mit Sicherheit die Entwicklung sich nicht so vollzogen hätte, wie sie stattfand, wenn man nicht das römische Recht mit seinen Klagen und scharf davon geschiedenen Einreden, mit seinen Besitzklagen vor sich gehabt hätte. Ohne die römischen Vorbilder wäre das Canon Redintegranda nie darüber hinausgekommen, eine politische Massregel zu sein[2])!

Genau wie die Geschichte der Trennung von Klage und Einrede vom römischen Geiste durchzogen ist, so ist es auch die weitere Geschichte des Aufbaues der Bestitutionsklage. Mit Bewusstsein griff man nach den Interdikten zuerst, eine gewisse innere Verwandtschaft in dem Charakter des Canon Redintegranda und der Interdikte drängte darauf hin. Hülfe gegen Gewalt schien nach einer heute überlebten Theorie das Kennzeichen des Besitzesschutzes, Hilfe gegen Gewalt stand im Vordergrunde des Interesses einer Zeit, die sich gegen Vergewaltigungen durch politische Massregeln schützen wollte, die anerkannter massen viele Fehden, viele Gewaltthätigkeiten erlebte, wie sie gegenüber einem angeklagten und deswegen in seiner Macht geschwächten Bischof sich Nachbarn und Feinde gestatten durften. Die Worte „ejecti et spoliati“ schienen auf die eigentliche Vertreibung allein zu deuten.

Die ganze Situation des angeklagten Bischofs, dem die entzogenen Sachen vor der Verurteilung verschafft werden sollten, entsprach am meisten im römischen Recht der rekuperatorische Besitzesschutz. So kam man notgedrungen auf die Interdikte. Ganz unangängig aber ist es, dieser Zeit später unerreichter Kenntnis des corpus juris, den Schülern der ersten Glossatoren, die irrtümliche Annahme eines für den Rechtsinhalt nicht passenden römischen Rechtsmittels vorzuwerfen. Für uns ist die spätere

[1]) Vgl. oben S. 6 ff.

[2]) Anm. Es soll freilich nicht von vornherein in Abrede gestellt werden dass auch deutschrechtl. Anschauungen bei dieser Umbildung des kanon. Rechtes untergeordnet mitgewirkt haben.

Verwerfung der weiteren Ausgestaltung unseres Rechtsmittels durch berühmte Juristen ein neuer Beweis dafür, dass man den ursprünglichen Aufbau des neuen Rechtsmittels auf den römischen Interdikten und in dem Rahmen der Interdikte mit Bewusstsein und dem Rechtsinhalt vollkommen entsprechend vornahm. Desgleichen weist die Zulassung der Interdikte neben der späteren condictio auf deren Ursprung hin [1]). Es hängt mit der Interpretation des allgemein gehaltenen Canon Redintegranda sowie den an die Klage herantretenden Bedürfnissen zusammen, dass die actio doli und metus und andere Rechtsmittel bald anwendbar wurden und dass man später der condictio einen, den Klagegrund aller dieser Rechtsmittel mitumfassenden Klagegrund unterlegte.

Die Praxis und Theorie hielt das Rechtsmittel fest und bildete es weiter. Dass es theoretisch schon vor dem Erscheinen des c. 18 feststand [2]), ist ein weiterer Beweis gegen Delbrück, der in dem c. 15 ein Compromiss zwischen denjenigen, die das römische Recht festhielten, und denen, die der seiner Ansicht nach bisher noch nicht feststehenden germanisch rechtlichen Klage Boden verschaffen wollten, erblickt [3]).

Die genau geschilderte ganze Entwicklung der Spolienklage bekundet das Gegenteil der Delbrückschen Ansicht, Ausdehnungen der Klage über den ihrer Natur entsprechenden Umfang sind freilich zeitweise und zwar nur durch Richtungen der Praxis vorgenommen, dieselben dürfen aber bei einer Klage ohne festen gesetzlichen Boden keinen Beweis für die petitorische Natur derselben liefern, insbesondere da sie durch die Praxis bald wiederum beseitigt wurden, auch nie communis opinio waren [4]).

Die vorstehende Betrachtung hat uns bereits im historischen Zusammenhange diejenigen Rechtsmittel vorgeführt, welche jetzt Gegenstand der Darstellung sein sollen. Vorher aber ist von dogmatischen Gesichtspunkten aus zu prüfen, ob nur die vorgenannten Rechtsmittel in den Kreis unserer Betrachtung fallen oder ob auch noch andere Rechtsmittel unter die rekuperatorischen Besitzklagen gehören. Der Besitzklagenbegriff der herrschenden Ansicht gestattet es zunächst dieser, das Interdictum de precario unseren vorerwähnten Besitzentziehungsklagen des gemeinen

[1]) So Ruffini a. a. O., S. 292 ff.
[2]) Ruffini a. a. O. S. 337 ff.
[3]) Delbrück a. a. O. § 24 S. 152 ff.
[4]) Ruffini a. a. O. S. 377.

Rechts anzureihen[1]), ausserdem aber nimmt diese Lehre auch das Interdictum de clandestina possessione und die Condictiones possessionis sowie die Interdicta retinendae possessionis in ihrer rekuperatorischen Funktion als gemeinrechtliche Schutzmittel zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes auf Grund quellenmässiger Begründung an.

Wir enthalten uns zunächst gänzlich der Betrachtung der Condictiones possessionis und der rekuperatorischen Funktion der Interdicta retinendae possessionis, weil wir diese Rechtsmittel nicht als zum Thema gehörig ansehen. Was das Interdikt de precario und das Interdikt de clandestina betrifft, so scheiden wir beide aus den unten sofort zu erörternden Gründen ebenfalls noch aus.

Wir begreifen zunächst unter dem von uns angenommenen Besitzklagenbegriff nur Klagen, die folgende beide Voraussetzungen erfüllen:

1. Das Klagefundament muss auf den Besitz des Klägers allein gestützt sein,

2. hinsichtlich des geltend gemachten Anspruches muss die Einrede aus dem Recht ausgeschlossen sein[2]),

Das Interdikt De precario kommt diesen Erfordernissen nicht nach, es kann deshalb in unserem System der possessorischen Klagen keine Aufnahme finden.

In erster Linie ist Besitz in der Person des precario dans nicht erforderlich. Dies hat noch Brinz[3]) geleugnet, aber die l. 8 pr de prec. widerlegt seine Auffassung, wie Adolf Schmidt[4]) nachgewiesen hat. Der hier angeführte Fall ist folgender:

Titius bittet mich um prekäre Überlassung einer Sache, die nicht mein Eigentum ist, sondern dem Sempronius gehört. Ich bitte ihn für Titius, im Irrtum will Sempronius mir das Precarium geben, und Titius bekommt von meiner Hand den Besitz.

Die Entscheidung des Juristen lautet:

„Titus a me precario habet."

[1]) Brinz, Pand. 2. Aufl. § 184 Windscheid, Pandekten § 160. Randa, der Besitz nach österreichischem Recht § 7 a Note 32. Brinz, Jenaer Litteraturztg. 1879, S 618.

[2]) Savigny § 35 Vgl. Windscheid-Kipp § 150 n. 6. u § 158 n. 1. Vgl. auch Bruns, Lehrb. d. gem. deutsch. R IV, S. 64.

[3]) Brinz, Jen. Litterat. Ztg. Jahrg. 1874, S. 618.

[4]) Schmidt von Ilmenau, Jen. Litteraturztg. 1845, S. 1181.

Wäre das Interdikt possessorisch, so müsste ich in diesem Falle den Besitz haben. Dies trifft aber nicht zu, mir fehlte der Besitz, und dieser Mangel wird nicht dadurch ersetzt, wie Unterholzner[1]) meint, dass Sempronius mir das Prekarium überlassen wollte. Ich hatte ja nicht den animus possidendi.

Der possessorischen Natur der Klage widerspricht ferner die hier zulässige Einrede des Eigentums. Jede Klage, welche die exceptio dominii zulässt, gehört nicht in das System der Besitzklagen. Die Gegner erklären zwar die exceptio als negative Litiskontestation[2]), jedoch ist damit in der Sache selbst nichts geändert.

Unsere Ansicht wird dadurch verstärkt, dass die Pandekten das Interdictum de precario abgesondert von den anderen Interdikten behandeln, im Zusammenhang mit den obigen Gründen ist dies ein weiterer Beweis gegen die possessorische Natur des Interdikts. Die Behauptung der Gegner, das Interdictum de precario müsse, da es sonst nirgends im System Platz finde, unter den possessorischen Interdikten unterkommen, ist belanglos. Die systematische Stellung des Prekariums und seine besondere Natur kann uns hier nicht beschäftigen. Dankwardt's[3]) Klage über die ungereimte Zusammenstellung des Precariums mit den possessorischen Interdikten und die so hervorgebrachte Verwirrung ist sehr berechtigt.

Als nicht quellenmässig begründet scheiden wir ferner das Interdictum de clandestina possessione aus[4]). Seine Verteidiger[5]) berufen sich auf c. 7 § 5 D. Comm. div 103 die Stelle sagt:

Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat, eum vi possidere, non debere hoc judicium, dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi, et si precario, inquit, dicat eum possidere adhuc, cessabit hoc judicium, quia et de precario interdictum datur.

---

[1]) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, S. 565 ff.

[2]) Randa, a. a. O. § 7 a, S. 209. vgl. auch R. Leonhard, Institutionen S. 537 vgl. auch Ubbelohde a. a. O., S. 224 ff.

[3]) Dankwart, Iherings Jahrb. Bd. 14, S. 308.

[4]) So auch Ubbelohde a. a. O., S. 64 ff.

[5]) Puchta, Inst. II., S. 141. Savigny, § 41. Witte, S. 45. Ihering, Grund des Besitzschutzes, S. 101. Bruns, S. 118. Bekker a. a. O., S. 121 ff. neuerdings hält Klein, Sachbesitz u. Ersitzung, Berlin 1891, — S. 192 — die Existenz dieses Interdikts für stark wahrscheinlich, R. Leonhard, Instit. S. 536 für möglich, aber nicht für gewiss.

Sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse aut cessare hoc judicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit."

Ausser dieser einzigen Stelle im corpus juris giebt es nur noch eine einzige nicht beweiskräftige Stelle bei Cicero de lege agraria 3,3, § 11[1]), auf welche die Gegner ihre Ansicht stützen könnten.

Es ist unerklärlich, dass von einem Interdikt, das grosse Bedeutung haben musste, nur ein einziges Mal im Corpus juris die Rede ist und noch dazu in einer Stelle, die offenbar nur die Einzelansicht eines Juristen bringt. Nirgends ist sonst eine Andeutung vom Interdikt oder der Text der Formel des angeblichen Interdikts zu finden. Dies alles legt den Gedanken nahe, dass l. 7 § 5 cit. selbst nur infolge falscher Auslegung zu einer falschen Annahme seitens der Gegner geführt hat. Wir glauben, dass das Interdikt Uti possidetis als das gegen den clandestinus possessor nach l. 7 § 5 D. 10, 3 stattfindende Interdikt gemeint ist[2]). Bestärkt wird die Ansicht durch Wortlaut und Inhalt der l. 7. Der letzte der drei in derselben erwähnten Fälle, der des clam possidens, wird angeknüpft durch die Worte: „sed et si," während der vorhergehende Fall des Precaristenbesitzes einfach durch die Ausserung: „et si" angereiht ist. Diese Abweichung lässt schliessen, dass ein anders gearteter Fall zuletzt

[1]) Nam attendite, quantas concessiones agrorum hic noster obiurgator uno verbo facere conetur. Quae data donata concessa vendita. Patior Audio. quid deinde? Possessa. Haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo privatum? etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege jus civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

[2]) Ubbelohde a. a. O., S. 66, 70. Wir gehen mit Ubbelohde bei unserer Stelle davon aus, dass in allen Fällen verschiedene Klagen stattfinden sollen, die violenta possessio soll mit einer Deliktsklage angefochten werden, die precaria possessio mit einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung, der clam Besitz durch die dingliche Klage zum Schutze des gegenwärtigen Besitzers. Ulpian hat nun wohl die Bemerkungen Julians hinsichtlich der clandestina possessio in seinem Bericht zu Julians Ansicht stehen lassen, weil ja, trotzdem zu seiner Zeit das Uti Possidetis wegen der clandestina occupatio eines solo animo besessenen Grundstückes nicht mehr möglich war, es doch noch immer statthaft war, wegen der clandestina possessio eines durch einen detentor besessenen Grundstücks. Die Compilatoren haben die Bemerkung wohl wegen der l. 11 C. U.V. 8,4 nicht gestrichen.

besprochen werden sollte[1]). Auch die Einleitung der Begründung ist ungleich, hier durch nam, bei dem Prekaristenbesitz[2]) durch „quia.“ Ausserdem ist die Reihenfolge der drei Fälle eine nicht erwartete; denn Julian befolgt nicht die Rangordnung des prätorischen Albums, wie es bei einem ediktmässig erlassenen Interdikt das Natürliche gewesen wäre. In diesem Falle müsste entsprechend der Aufeinanderfolge der Worte „vi clam precario“ in der bekannten Klausel der Prekaristenbesitz nach dem Clambesitz stehen[3]). Wollte man etwa im letzten Fall die Gegenüberstellung eines Gegensatzes erblicken, so passt hierzu nicht die Einführung desselben, da zur Einleitung eines Gegensatzes stets andere Worte verwendet werden[4]).

Die Interpolation dieser Stelle wird endlich klar bewiesen durch Gegenstellen, die geradezu die Nichtexistenz eines Interdictum de clandestina voraussetzen. Einen Gegenbeweis führen die Worte: „ut potior sit illius corporalis possessio“ in l. 25 § 2 d. a. p. 41, 2. Hätte ein Interdikt de clandestina possessione je bestanden, so könnte Pomponius nicht dem körperlichen Besitz desjenigen, der das Grundstück eines andern heimlich okkupiert, den Vorzug geben vor der possessio solo animo dieses Abwesenden[5]), vorausgesetzt, dass man sich für die Annahme eines Besitzverlustes des Abwesenden durch die Occupation entscheidet. Unser Rechtsmittel de clandestina müsste in diesem Falle dem Abwesenden zustehen.

Wir erblicken auch in der Rede Ciceros pro Caecina[6]) einen schlagenden Beweis gegen die Annahme dieses Interdikts[7]). Cicero frägt den Piso, welche Rechtmittel ihm zustehen würden, wenn er (Piso) durch Bewaffnete am Eintritt in sein Haus ver-

[1]) Witte a. a. O., S. 73. Ubbelohde a. a. O., S. 70.

[2]) Witte, Interd. U. Possid., S. 73. Pflüger, Besitzklagen, S. 357 ff.

[3]) Pflüger a. a. O. S. 357 ff.

[4]) Ausserdem macht Kniep, S. 471 treffend darauf aufmerksam, dass Julian bei Erwähnung des Interdikts de clandestina das „et“ auslässt, womit er die Erwähnung des Int. de precario an das Int. Unde Vi anschliesst. s. auch Ubbelohde, S. 70 ff.

[5]) Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, S. 98. Vgl. auch Lenel, S. 377 z. § 247. n. 7.

[6]) Cic., pro Caec. cap. 11, 12, 35.

[7]) Kniep, Vacua possessio, S. 375. so auch Ubbelohde a. a. O., S. 73.

hindert würde. Voraussetzung ist hierbei, dass der Besitzverlust für den Piso schon vor dem versuchten Eintritt geschah, daher heimlicher Erwerb stattfand. Neben der actio injuriarum hätte vor allem von Cicero das Interdict de clandestina für den Fall der Existenz desselben genannt werden müssen. Eine Erklärung, die manches für sich hat, jedoch nicht genügend erscheint, versuchen Kniep[1]) und Pflüger[2]), indem sie das in l. 7 § 5 comm. div. genannte Interdikt mit dem von Justinian in l. 11 C. 8, 4 eingeführten Rechtsmittel als identisch ansehen. Auf diese These ist unten einzugehen.

Infolge dieser Beweise sind heute die meisten Autoren gegen die Annahme dieses Interdikts[3]). Von den Neueren stellt sich nur Bekker auf die Seite Savignys[4]) aber auf eine Zergliederung der l. 7 § 5 D. comm. div. lässt er sich nicht ein. Bekker sagt, das alte Recht habe des Interdictum de clandestina gehabt, das klassische Recht es auch noch gebraucht, wie l. 7 § 5 beweise, aber ein Bedürfnis für dasselbe sei wohl nicht mehr vorhanden gewesen Wir geben zu bedenken, dass gerade die älteren Zeiten des Rechts mit einem minder ausgebildeten und verfeinerten Rechtsgefühl nur die schweren Formen der Besitzentziehung durch Gewalt berücksichtigen, während man die andern weniger drastisch in die Erscheinung tretenden Fälle der Besitzentziehung der Selbsthülfe überlässt. Wir müssen für das ältere römische Recht annehmen, der staatliche Schutz sei hier nur in sehr beschränktem Masse für die schlimmsten Fälle der Besitzentziehung eingetreten[5]). Die l. 11 c. 8, 4 bestätigt zudem, es sei nur die in rem actio für die Fälle der heimlichen Besitzentziehung vorhanden gewesen. Die Lücke im Rechtsschutz der älteren Zeit wird durch die im grossen Massstab zugelassene Selbsthülfe gemildert[6]).

Wir haben uns noch mit einzelnen Einwendungen der Verteidiger des Interdikts de clandestina[7]) abzufinden. Sie suchen

---

[1]) Kniep, vacua possessio, S. 472.
[2]) Pflüger, die Besitzklagen des römischen Rechts, S. 358.
[3]) s. z. B. Ubbelohde a a. O., S. 70. Witte, S. 45, 72.
[4]) Bekker a. a. O., S. 121 ff.
[5]) Ihering, Grund des Besitzesschutzes. S. 99 ff.
[6]) Vgl. auch Lenel, S. 377 n. 7.
[7]) Savigny a. a. O., 456 ff. § 41 7. Aufl.

zunächst die Thatsache, dass das Interdikt nicht öfter im Corpus juris erscheint, damit zu erklären, dass gegen Ende des zweiten Jahrhunderts nach Christus die Occupation eines solo animo besessenen Grundstückes nach allgemeiner Ansicht, den bisherigen Besitz nicht beseitigt, bevor der Besitzer von ihr Kunde erhalten hat. Dadurch ist nach Savigny[1]) die clandestina possessio an Grundstücken beseitigt, mithin auch das Interdikt de clandestina possessione unmöglich geworden, weil es sich ja nur auf Grundstücke bezog. Letztere Behauptungen sind nicht richtig. Clandestina Possessio ist vielmehr auch dann noch an Grundstücken möglich. Sie findet nämlich immer noch statt an Grundstücken, die nicht solo animo retinentur, sondern deren Besitz durch einen Detentor geübt wird[2]), clam besitzt ferner derjenige, der den seinem Erblasser precario überlassenen Besitz festhält, er besitzt nicht etwa precario[3]).

Hier fehlen also die thatsächlichen Grundlagen für die gegnerische Ansicht. Auch dort, wo die thatsächliche Unterlage vorhanden ist., d. h. bei Grundstücken, deren Besitz solo animo retinebatur, gelangen die Gegner nur mittels eines Trugschlusses zu ihren Festellungen. War nach Savigny das angezogene Interdikt ein Interdikt recuperandae possessionis, so bedurfte es zu seinen Voraussetzungen weder dessen, dass der clam occupans infolge seiner Occupation gegenüber dem bisherigen Besitzer als Besitzer galt noch auch dessen, dass durch die clandestina possessio als solche die Rechtswirkungen des bisherigen Besitzes für die Zukunft beseitigt waren[4]).

Was die Fassung des von uns geleugneten Interdikts betrifft, so könnte es überhaupt nicht gelautet haben: „Quod tu ab illo clam possides[5])“ weil dann der wichtigste Fall, dass der clam possidens den Besitz verloren hatte, unberücksichtigt geblieben wäre.

[1]) Sav. a. a. O. § 41 7. Aufl., S. 456 ff.

[2]) l. 44 § 2 D. 41 eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem quam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

[3]) Paul V. 6, 12.

[4]) Es genügte vielmehr die Thatsache, dass der Impetrat das im Augenblick seiner Occupation vom Impetranten solo animo besessenen Grundstück clam occupiert hatte, ohne Rücksicht darauf, was aus dem Besitze später geworden war.

[5]) so Karlowa a. a. O. II 323.

Wir sehen daher das Interdikt de cland. poss. als nicht quellenmässig begründet an, und gehen nach erfolgter Ausscheidung des Interdiktes de precario und des Interdiktes de clandestina possessione zur Betrachtung der uns nun noch verbleibenden rekuperatorischen Rechtsmittel, des Unde Vi, und auf dem Gebiete des kanonischen Rechts, der Spolienklage, über.

Wir haben uns zunächst dagegen zu wehren, dass manche auch gegen den possessorischen Charakter der actio spolii und des Interdikts Unde Vi Angriffe erheben.

Eine Besitzentziehungsklage bleibt trotz aller Anfeindungen in dieser Beziehung die Spolienklage. Man will ihr die Natur einer Besitzklage absprechen, weil sie gegen den dritten Besitzer als solchen gehe, und dies dem Wesen einer Besitzklage widerstreite[1]). Ziebarth geht bei dem Beweise des Satzes, die Spolienklage gehöre unter die dinglichen Klagen, davon aus, dass die Besitzklage auch dem unredlichen Besitzer zustehe, lasse man sie aber gegen den redlichen Besitzer zu, so „heisse das den Raub begünstigen auf Kosten des jetzigen redlichen Besitzers," aber auch gegen den unredlichen Besitzer dürfe man sie nicht zulassen; denn, sagt Ziebarth), „der frühere unredliche Besitz kann immer nur in Folge rechtswidriger Verletzung gegen den Verletzer Ansprüche erzeugen, nicht aber kann von zwei unredlichen Besitzern der unredliche ältere Besitzer nur deshalb vorgehen, weil er früher Unrecht gethan hat, „nie kann die Thatsache, dass ein unredlicher Besitz unfreiwillig aufgehoben ist, eine Klage gegen einen dritten, wenn auch redlichen Besitzer begründen."

Durch die Ziebarth'sche Deduction fühlen wir uns nicht veranlasst, den obigen Besitzklagenbegriff im Sinne Ziebarths dahin etwa zu modifizieren, dass die bei einer Besitzklage stattfindende Passivlegitimation eines dritten Besitzers den Besitzklagenbegriff aufhebe.

Ganz dahingestellt, ob die von Ziebarth für die Spolienklage behauptete Ausdehnung der Passivlegitimation zutrifft, leidet die Ziebarth'sche Annahme, dass possessorische Klagen wesentlich nur durch „absichtliche direkte Verletzung" des Besitzes begründet werden können, also auf „formell rechtswidrigen Handlungen

[1]) Delbrück, Nachträge, S. 131. Ziebarth, Realexekution, S. 262, 271.

des Gegners beruhen, auf einem Irrtum[1]). Sie ist falsch für das römische Recht; selbst aber wenn sie für dieses richtig wäre, brauchten sich andere Gesetzgebungen hiernach durchaus nicht in der Ausdehnung des Besitzesschutzes zu richten.

Ziebarth lässt sich ebenso wie Delbrück einseitig von der Furcht davor leiten, dass der Besitzesschutz dem unrechtmässigen Besitzer zu Gute kommen könne, er unterschätzt den Vorteil, den der rechtmässige Besitzer bei dieser Regelung hat. Die Abwägung beider Umstände aber ist Sache der Gesetzgebung, will sie besondere Vorteile für den rechtmässigen Besitzer, so muss sie den Nachteil sich gefallen lassen, dass unrechtmässige Besitzer in den Genuss dieser Vorteile kommen, sofern sie nicht durch Prüfung der Rechtsmässigkeitsfrage in jedem einzelnen Falle den Besitzschutz in bedenklicher Weise erschweren will. Zeitumstände werden jeder Gesetzgebung ebenso wie Verhältnisse aller Art im Einzelfall vorschreiben, ob sie die Furcht vor den Nachteilen oder die Förderung der Vorteile entscheiden lassen soll.

Aus diesen Gründen weisen wir der Spolienklage unter Ablehnung der Theorie Ziebarths den Platz unter unseren Klagen an, indem wir noch später sehen werden, dass die Frage der Zulässigkeit petitorischer Einreden bei ihr verneint werden muss.

Über die etwa von einzelner Seite gegen die possess. Natur des Unde Vi erhobenen Bedenken wird unten gehandelt werden.

Wir gehen nun auf die Darstellung der gemeinrechtlichen Restitutionsklage, im 2ten Teil auf diejenige der Restitutionsklagen des B.B.G. ein. Hierbei haben wir Gelegenheit noch zu sehen, ob die Ausscheidung jener vorstehend genannten Rechtsmittel aus dem Besitzklagensystem für das römische Rechtsleben eine Lücke bedeutet.

Wir beginnen mit dem Gemeinen Recht und betrachten zunächst die Activlegitimation der gemeinrechtlichen Restitutionsklage.

Die Frage, wer zur Anstellung der Klage berechtigt sei, erfährt durch das römische Recht eine andere Beantwortung als durch das kanonische Recht.

---

[1]) Bruns, Besitzklagen, S. 217 ff. vgl. auch Ruffini, a. a. O. S. 396 ff.

Cap. II.

Die Klageberechtigung bei dem Interdikt Unde Vi.

Das Interdictum Unde Vi steht nur dem juristischen Besitzer zu[1]), die Behauptung, dass es auch dem Detentor gegeben werde, ist als unrichtig zu verwerfen[2]).

Diese Ansicht ist die Folge der irrtümlichen Auffassung des Begriffes der possessio, die als Grundlage des Interdikts U. V. in l. 1 § 23 D. h. t. erscheint:

„Interdictum . . . . . hoc competit nulli nisi ei qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici visus est quam qui possidet."

Da die Ausdrucksweise des Interdikts „possidere" in den Quellen nicht unzweideutig gebraucht wird, so ist es nötig, noch eine genauer sich ausdrückende Stelle heranzuziehen. Es ist dies die l. 1 § 9, § 10 cit. von Ulpian: § 9 „Deicitur is, qui possidet sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

§ 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit interdicto uti,: non tamen si colonus.

Der an die Stelle sich anknüpfende Streit dreht sich um die Bedeutung der Worte „naturalis, civilis" „possessio."

Zunächst ist es unzweifelhaft, dass die Worte: „is qui possidet" den juristischen Besitz als Erfordernis des Interdikts Unde Vi aufstellen, da in den verschiedensten anderen Stellen als Voraussetzung des Interdikts der juristische Besitz ausdrücklich hervor gehoben ist[3]). Die Worte: „sive civiliter sive naturaliter possidere" können daher nur Unterarten desselben darstellen.

Es frägt sich, was die Aeusserung „naturaliter possidere" hier bedeutet. Savigny[4]) nimmt bekanntlich eine dreifache Bedeutung des Wortes; „possessio" in den Quellen an: „civilis possessio," „possessio" schlechthin und „naturalis possessio." Er glaubt, dass die Worte einmal vom Gesichtspunkte der Usucapio, anderseits

[1]) so Ubbelohde a. a. O., S. 19 u. dort Cit. Windscheid-Kipp u. dort Cit.
[2]) anders R. Leonhard, Inst., S. 535.
[3]) Ubbelohde V 1, S. 30 ff.
[4]) Savigny a. a. O., S. 69 ff. u. 158—170.

von dem des Interdiktenschutzes betrachtet werden. Er stellt zunächst die zur Usucapion führende possessio civilis der nicht zur Usucapion führenden possessio naturalis im weiteren Sinne gegenüber. Letztere scheidet er aber weiter in den Interdiktenbesitz oder die possessio schlechthin und in alle anderen des Interdiktenschutzes nicht fähigen Besitzesarten, die er als possessio naturalis im engeren Sinne bezeichnet. Nach Savigny hat der Ausdruck: „naturaliter possidere“ in unserer l. 9 cit. die Bedeutung der possessio schlechthin. Durch die Worte „is qui possidet“ sei von vornherein die Beschränkung auf den Interdiktenbesitz gegeben und innerhalb dieses Rahmens sei es dem Juristen um die Scheidung des Usucapions- vom Nichtusucapions-Besitz zu thun. Der Besitz der Frau gehöre zu jener Klasse von Besitz, der nicht zur Usucapion führe und werde als Beispiel für Fälle solcher Art gebraucht. Zu den Worten: „non tamen si colonus“ seien die Worte „dejectus erit, poterit interdicto uti“ zu ergänzen.

Nun hat man indessen diese Einteilung später allgemein verworfen[1]), und damit bedarf auch der aus ihr gefolgerte Ausschluss der Detention von der Anstellung des Interdikts Unde Vi einer anderen Begründung.

Dem Einteilungsprinzip Savignys gegenüber gingen andere von einer Zweiteilung des Besitzes aus, indem die einen das Interdikt den possessores civiles und naturales geben, die anderen dagegen nur den possessores civiles zugestehen. Die erstere Richtung versteht unter possessio das thatsächliche Innehaben und unter naturalis possssio die Detentio, sie berufen sich dafür auf den Wortlaut der l. 9, während sie für l. 10 besondere Erklärungen haben.

Thibaut[2]) bezieht „poterit“ auf „maritus“ und erklärt den § 10 nicht als Beispiel, sondern als Zusatz zu § 9, in der Art, dass das Interdikt sogar dem gegeben werde, der nicht Besitzer sei. Im Falle der Dejektion der Frau aus dem ihr geschenkten Grundstück habe der Mann das Interdikt, anders wenn der Pächter

---

[1]) Vgl. Karlowa a. a. O., S. 311 ff. Ubbelohde a. a. O., S. 31 ff. während Windscheid-Kipp, S. 655 § 148 n. 12 noch Savignys Lehre als herrschend bezeichnet, obgleich Kipp nicht auf deren Boden steht.

[2]) Thibaut, Archiv f. civ. Prax. 23, S. 178 ff.

der Frau entsetzt sei, dann dürfe der Mann nicht klagen, weil zwischen ihm und dem Pächter keine näheren Beziehungen beständen.

Thibauts Ansicht erscheint gezwungen; zunächst nämlich lässt sich in § 10 bezüglich der Klageberechtigung nicht ersehen, warum Ulpian das Beispiel eines geschenkten Grundstückes unter so vielen möglichen Beispielen wählte, in denen dem Manne bei Dejection der Frau dieselbe Klageberechtigung zusteht. Thibauts Einwand, letztere lasse gerade hier Zweifel zu, da die Frau infolge der Nichtigkeit der Schenkung nicht die Stellung des juristischen Besitzers erlangt habe, bietet keine genügende Rechtfertigung; denn es wäre in diesem Falle anzunehmen, Ulpian hätte der Deutlichkeit wegen betont, dass der Fall das Beispiel für eine ganze Klasse von Fällen darstellen solle. Am meisten gegen Thibaut aber spricht UE. die Konstitution Constantins in l. 1 C. si per vim. Sie wäre überflüssig, wenn schon zur Zeit Ulpians jeder Detentor mit dem Interdikt Unde Vi hätte klagen können[1]). Erst diese erteilte dem Detentor alieno nomine das Interdikt ausnahmsweise für den Fall der Abwesenheit des Herrn. Auch fehlen endlich alle Quellenzeugnisse, die doch sonst für alle Einzelheiten der Besitzlehre so zahlreich sind. Dies bildet ein nicht zu unterschätzendes Argument.

Den aus der Analogie mit dem Mobiliarbesitzschutz, insbesondere mit der actio vi bonorum von Sintenis[2]) gezogenen Folgerungen kann man den Mangel innerer Berechtigung entgegenhalten, da ein wesentlicher Unterschied bezüglich des Bedürfnisses des Bezitzesschutzes zwischen Mobilien und Immobilien besteht[3]).

Kierulffs[4]) Ansicht, dass l. 9 nur von der Möglichkeit der Dejektion überhaupt ohne Rücksicht auf die Klageberechtigung spreche, erst l. 10 dagegen einzelne Fälle der Klageberechtigung scheide, setzt sich zwar nicht in direkten Widerspruch mit dem Wortlaut dieser Stelle, wohl aber mit l. 1 § 1 cit.[5]) Ebenso

[1]) so auch Ruffini, Pars. I cap. I § 7.
[2]) Sintenis, Gemeines Civilrecht § 42 A. 24.
[3]) Weiss a. a. O., S. 13.
[4]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. I, S. 349 A. 5.
[5]) Vangerow, Pandekten I. § 200.

verstösst Vangerow[1]) gegen die Quellen, welche sagen, dass die Ehefrau nicht detiniere, sondern Interdiktenbesitz habe.

Wenn ferner Burchardi[2]) meint, dass man eine das Interdikt begründende Besitzentsetzung auch bei der naturalis possessio annehmen kann, und er in dem § 9 nicht alle Detentionsfälle, sondern nur eine bestimmte Art oder Zahl erblickt, so würde seine Theorie nur dann erfolgreich sein, wenn er den Begriff der naturalis possessio für unsere Stelle genau begrenzen könnte. Windscheids[3]) Ansicht ist infolge ihrer Mehrdeutigkeit ebenso unbefriedigend.

Unter den Neueren verdienen noch Kindel[4]), Klein[5]), Ubbelohde[6]), v. Scheurl[7]), Bruns, Bekker[8]), Duncker[9]) und Meischeider[10]) besondere Erwähnung. Kindel führt besonders l. 12 und l. 18 pr. dafür an, dass der Pächter als solcher das Interdikt Unde Vi habe. Er fasst die Worte der l. 1 § 10 i. f. „non tamen si colonus“ so auf, dass die beschenkte Ehefrau wegen der Dejektion ihres Pächters das Unde Vi nicht habe. Dies kann aber aus der Stelle nicht entnommen werden.

Fr. Klein[11]) versucht eine eigentümliche Regelung. Er versteht l. 1 §§ 9 ff. dahin, dass zwar dem Pächter ebenso wie jedem, der eine blos repräsentative Inhabung übt, das Interdikt Unde Vi nicht zustehe dagegen jedem anderen Detentor. Thatsächlich würde

[1]) Vangerow, a. a. O. I. § 199 n. Vangerow betrachtet als Civilbesitzer den Besitzer, der die Detention mit animus domini hat, als possessor naturalis den, der zwar detiniert, aber den animus domini nicht hat oder haben darf, weil die besessene Sache extra commercium ist oder der Besitzer selbst des Eigentums unfähig oder der Besitz aus einem sonstigen civilrechtlich nichtigen Geschäfte abgeleitet war.

[2]) Burchardi, Archiv Bd. XX. S. 46. ähnlich wie Burchard Windscheid-Kipp, S. 655 § 148 n. 12.

[3]) Windscheid, Pand. I § 160 § 148 n. 12 Windscheid sieht die Worte civilis und naturalis possessio in ihrer Anwendung auf den Besitz des beschenkten Gatten zur Bezeichnung des vom Recht gebilligten u. nicht gebilligten Besitzes gebraucht.

[4]) Kindel a. a. O., S. 145 ff.

[5]) Fr. Klein a. a. O., S. 147 ff.

[6]) Ubbelohde, S. 18, 30.

[7]) v. Scheurl, Beitr. z. Besitzr., S. 22.

[8]) Bekker a. a. O., S. 151.

[9]) Duncker, Besitzklage u. Besitz, S. 113 ff.

[10]) Meischeider a. a. O., S. 77.

[11]) a. a. O., S. 147, 152 n. 112 a. E.

dies eingeengt sein auf den Niessbraucher und denjenigen, dem der Gebrauch eines Grundstücks unentgeltlich überlassen worden ist. Über das erstere Verhältnis wird später gesprochen, bezüglich des zweiten Verhältnisses finden sich keine Belege. Es ist nicht ersichtlich, warum der Commodatar eines Hauses dessen Besitzer nicht in derselben Art repräsentieren soll wie der Mieter. Ein Gegensatz lässt sich aus Gaj. IV 153 aus den Worten: „per eos quoque quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur" — nicht entnehmen, da es nicht feststeht, dass „quoque" einen Gegensatz bedeuten will[1]). Ein Beweis gegen Klein liegt wohl auch darin, dass die Römer bei dem seltenen und wirtschaftlich unbedeutenden Falle der Grundstücksleihe zu dieser erheblichen Bestimmung keinen Anlass gehabt haben würden[2])

Bruns[3]) verallgemeinert den Satz, dass die beschenkte Ehefrau keine possessio civilis erwerbe, dahin, dass Civilbesitz bei allen civilrechtlich ungültigen Geschäften nicht statthabe. Ähnlich argumentiert Ubbelohde[4]). Er versteht unter naturalis possessio einen solchen juristischen Besitz, der nicht auf Grund eines durch die Rechtsordnung anerkannten Geschäfts, nicht ex justa causa erworben ist und deshalb der Anfechtung durch irgend einen Rechtsbehelf z. B. Delictsklage oder condictio unterliegt. Von Scheurl[5]) nennt civilis possessio den Besitz, der mit Eigentum nach jus civile verbunden ist oder solches erzeugen kann.

Duncker[6]), der das Interdikt Unde Vi nicht als Besitzklage ansieht, versteht unter „civilis possessio" in § 9 den durch das Interdikt Uti Possidetis geschützten Besitz, unter „naturalis possessio" in § 9 ein diesem gegenüber gestelltes anderes thatsächliches Herrschaftsverhältnis zur Sache und leitet aus diesem letzteren Umstande, dass es sich um ein anderes thatsächliches Herrschaftsverhältnis bei dem Int. Unde Vi handele, die Ansicht ab, dass das Int. Unde Vi keine Besitzklage sei. Nach seiner Auffassung wird in § 10 dem Gatten, der die Sache seiner Ehefrau geschenkt hat

---

[1]) Vgl. Ubbelohde a. a. O., S. 18 u, 19 u. n. 20 f.
[2]) Vgl. Ubbelohde, a. a. O., S. 32.
[3]) Bruns, Besitz a. a. O., S. 25.
[4]) Ubbelohde, a. a. O., S. 31.
[5]) v. Scheurl, S. 22.
[6]) Duncker a. a. O., S. 108 ff.

und nicht mehr Besitzer ist, in diesem Ausnahmefall das Interdikt Unde Vi gegeben, obwohl er weder detiniert noch dejiciert sei. Der Grund hierfür liege darin, dass der Ehemann die seiner Frau zugefügte Gewalt wie eine ihm angethane Beleidigung ansehen könne. Zur Annahme einer solchen Singularität liegt kein Anlass vor. Hätte l. 10 im Duncker'schen Sinne sich äussern wollen, so hatten die Juristen bei der Wichtigkeit, die gerade einer solchen Singularität beigemessen wurde, diese hier massgebenden Gründe sicherlich auch angedeutet. Nach dem vorliegenden Texte muss die Dunckersche Ansicht als blosse Vermutung verworfen werden. Ausserdem spricht hauptsächlich gegen Duncker, dass Ulpian keinen andern Unterschied zwischen dem Uti Possidetis und dem Unde Vi hervorhebt, als dass das eine retinendae, das andere recuperandae possessionis sei.

Auf eine Feststellung der Worte: „civilis naturalis possessio" in diesen Stellen lassen sich endlich Meischeider[1]) und Bekker[2]) nicht ein, letzterer führt insbesondere aus, dass man für die angegebenen Ausdrücke durchaus keine einhellige Bedeutung in allen Stadien der römischen Rechtsentwickelung annehmen könne, vielmehr hätten die Juristen der einzelnen Zeitalter naturnotwendig die Ausdrücke in verschiedenem Sinne angewandt. Auch Dernburg[3]) lässt sich auf die Feststellung dieser Begriffe nicht ein.

U. E. kommt es auf die Ausdrücke „civilis" „naturalis" possessio nicht an. Wir kommen mittels eines indirekten Schlusses am besten zum Ziel. Wenn man zu den Worten: „non tamen si colonus" ergänzt die Worte: „poterit interdicto uti," so ist der klare Sinn dieses Nachsatzes, dass der colonus von der Klageberechtigung ausgeschlossen ist. Es liegt aber sehr nahe hier den colonus als Repräsentanten der Kategorie der Detentoren anzusehen. Ihnen gegenüber stehen nach dem Sinne der Stelle durch „tamen" scharf geschieden, alle juristischen Besitzer, denen allein das Interdikt zugesprochen wird. Unter diesen ist wieder in § 10 die beschenkte Ehefrau von Ulpian deshalb hervorgehoben, weil er in einer Befürchtung vor auftauchenden Zweifeln darüber, ob die Ehefrau

---

[1]) Meischeider a. a. O., S. 77.
[2]) Bekker, Recht des Bes., S. 151.
[3]) Dernburg a. a. O. § 175 n. 2.

auch den Interdiktenbesitz habe, bei dieser Gelegenheitder ganzen Frage durch eine bejahende Entscheidung den Boden entziehen wollte.

Noch weitere Beweise lassen sich für die alleinige Klageberechtigung des juristischen Besitzers aus der Vorgeschichte des Interdictum Unde Vi entnehmen. Die Formel des Interdikts de vi non armata enthielt ausdrücklich das Erfordernis des Besitzes[1]). Sie lautete: „Unde tu illum vi dejecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario abs te possideret, eo restituas." Noch im Hadrian'schen Edikt fand sich die Clausel „cum possideret[2])." Keller[3]) bestreitet es, sieht aber im Begriff des Dejici das Erfordernis des juristischen Besitzes enthalten. Gegen Keller, der durch die Art seiner Betrachtung des fr. 1 § 23 zu dieser Annahme gelangt, spricht der Ort, wo wir in Ulpians Commentar das Erfordernis der Possessio finden, wenn ihm der Wortlaut der Stelle auch Recht zu geben scheint[4]). Ulpians Bemerkung, das Erfordernis des Besitzes liege im Begriffe des Dejici, ist darauf gerichtet, dass bei dem Interdikt de vi armata die Clausel: „cum possideret" und die Voraussetzung des juristischen Besitzes nur aus der Vergleichung mit dem Interdikt de vi non armata zu folgern sei.

Aber auch für das Interdikt de vi armata ist das Erfordernis des juristischen Besitzes anzunehmen. Bei Ulpian[5]) und Paulus[6]) finden sich hierauf bezügliche Andeutungen. Gajus[7]) bringt die ganze Materie einschliesslich des I. U. V. armata unter den Begriff der rekuperatorischen Interdikte, ohne eine andere Abweichung des Interdikts de vi armata hier an der für die Kennzeichnung der

[1]) Dass zu Ciceros Zeit das Interdikt de vi non armata den Besitz des Impetranten mit den Worten: „cum ille possideret "voraussetzte, ergiebt sich aus Cic. pro Tull. 19, 44, Cic. pro Caec. 31, 91, 32, 92.

[2]) Lenel, Edictum perpet., S. 371 ff. Ubbelohde, S. 17 ff.

[3]) Keller, Semestrium ad M. T. Ciceronem libri sex. Vol. I p. 313.

[4]) Ubbelohde, Glücks Comment. V, S. 17. Mit Recht verneint Ubbelohde, dass die Worte: „cum ille possideret" überflüssig seien; denn es sei denkbar, dass nur im Zusammenhange mit ihnen das Dejici seine Beschränkung auf den juristischen Besitzer bekommen habe.

[5]) Ulpian u. Pomponius gebrauchen, der erste das Wort: „possessor", der andere das Wort: „possideret" D. 43, 16, f. 3 § 3. f. 14.

[6]) Paul., Sent. V, VI. 4.

[7]) Gaj. Inst. lib. IV. n. 155.

Unterschiede geeigneten Stelle hervorzuheben, als dass letzteres die exceptio vitiosae possessionis nicht habe[1]). Hätten aber andere Unterschiede noch bestanden, so hätte sie Gajus hier mit aufführen müssen[2])

Ferner sprechen noch folgende Thatsachen dafür, dass sowohl das Interdikt de Vi armata wie das vereinigte Interdikt, für welches die Compilatoren die Formel des Interdikts de Vi armata benützten, den juristischen Besitz erfordern, auch wenn die Formel des I. de V. armata die Clausel: „cum possideret" nicht hatte.

Die Compilatoren legten dem vereinigten Interdikt den Commentar Ulpians zu Grunde, der oft das Erfordernis des juristischen Besitzes betont. Sie hätten das nicht thun können, wenn sie nicht für das Interdikt de vi armata wie für das vereinigte Interdikt das Besitzerfordernis als gegeben ansahen.

Ferner ist der ganze Verschmelzungsprozess der beiden Interdikte ein Zeugnis dafür, dass die Grundlagen der Interdikte dieselben waren. Hätte das Erfordernis des Besitzes bei dem Int. de vi quotidiana hier bestanden, dort aber bei dem Interdikt de vi armata nicht bestanden, so würden unüberwindliche Schwierigkeiten die Verschmelzung verhindert haben[3]).

[1]) Ubbelohde, S. 157 hält durch Gajus nur für bewiesen, dass zur Zeit M. Aurels das Interdikt De vi armata juristischen Besitz des Impetranten voraussetzt.

[2]) Durch die obigen Auseinandersetzungen wird die Ansicht von Kniep a. a. O., S. 379 ff. widerlegt, dass das Interdikt de vi armata in der Fassung: „Unde tu illum vi hominibus armatis prohibuisti" auch dem Eigentümer zustehe, der mit Waffen an der Besitznahme seines Grundstücks gehindert werde. Wenn das Erfordernis des juristischen Besitzes für beide Interdikte so betont wird, kann natürlich von Knieps Ansicht keine Rede sein. Kniep stützt sich auf l. 3 § 8 ht. er glaubt, dass hier von einem Eigentümer die Rede sei, der den Besitz des ihm gehörigen Grundstücks ergreifen wolle. Mit dem dominus in possessionem veniens wird aber oft der Eigentumsbesitzer gemeint, auch ist l. 8 nur im Zusammenhang mit l. 7 zu verstehen. In der weiter von Kniep für sich nutzbar gemachten l. 3 § 8—10 cit. sind die Worte: qui cum armis venit willkürlich von Kniep auf das Wort „dominus" des § 8 wie des § 10 bezogen, dominus in § 10 bedeutet nur den Prinzipal des Procurators. Daher ist es falsch aus den cit. §§ zu entnehmen, dass der gegenwärtige Besitzer seinen Besitz gegenüber dem Eigentümer, der nie im Besitz war, ebensowenig wie gegenüber dem gewesenen Besitzer, von dem er selbst vitio besitzt, mit Waffen verteidigen darf. Gegen Kniep spricht auch Cic pro Caec. 13, 36 auch l. 3 § 12 cit. spricht nicht für Kniep.

[3]) Ruffini a. a. O. S. 19 ff.

Die Gegner[1]) stützen sich allein auf Cicero.[2]) Sie vergessen, dass er in dem Prozesse des Caecina nicht Respondent, sondern interessierter Rechtsbeistand war.

Der Thatbestand des Prozesses ist folgender: M. Fulcinius zu Tarquinii war Eigentümer eines Grundstücks, das an ein seiner Frau Caesennia gehörendes Landgut grenzte. In seinem Testament setzte er seinen Sohn M. Fulcinius zum Erben ein, seiner Ehefrau vermachte er den mit seinem Sohne gemeinschaftlich auszuübenden Niessbrauch an seinem Grundstück[3]). M. Fulcinius und sein Sohn starben bald nach einander, letzterer mit Hinterlassung eines Testamentes, in dem er den Caesennius zum Erben eingesetzt, seiner Frau und Mutter aber Legate ausgesetzt hatte. Zwecks Regulierung des Nachlasses des jüngeren Fulcinius wurden auch, jene, mit dem Niessbrauch der Caesennia belasteten Grundstücke versteigert[4]).

Eines dieser Güter, das an das Landgut der Caesennia grenzte, das sogenannte Fulcinianum, wurde von einem gewissen Äbutius ersteigert. Kurz nach Ablauf der Versteigerung verheiratete sich Caesennia wieder mit Caecina, starb aber bald darauf, nachdem sie ihren Ehegatten Caecina zu 69/72, einen Freigelassenen zu 2/72, und den oben genannten Äbutius, dessen sie sich öfters als Commissionärs bedient hatte, zu 1/72 testamentarisch zu Erben eingesetzt hatte[5]). Caesennia hatte das Grundstück verpachtet gehabt, mit ihrem Tode ging die Pacht zu Ende. Zwischen Caecina und Aebutius entstanden jetzt Erbschaftsstreitigkeiten insbesondere wegen des Fulcinianum.

Caecina behauptete, es sei zum Nachlass seiner Frau gehörig, da Aebutius es nur für diese in ihrem Auftrag erstanden habe, während Aebutius darauf fusste, dass er dasselbe für sich gekauft

[1]) Cujaz, Op. vol. IV, p. 652. Donell, Op. vol. XV. c. 31. Latomus, In M. T. Cic. pro A. Caec. Orat. Schol., p. 344. 347. Menochius, De rec. poss. remed. 1 n. 2. Voet, Comm. ad Pand. XMIII 16. Duncker a. a. O., S. 108 ff. Huschke, Analect. litter., S. 164 ff. Keller, Semest. II Bethmann-Hollweg, Civilproz II § 125, S. 829 ff. Ubbelohde a. a. O., S. 168 ff

[2]) Cicero, Or. pro Caecina cap. 31, 32.

[3]) Cic., pro Caec. 4, 10 ff.

[4]) Pro Caec. 4, 12.

[5]) Cic. pro Caec. 6, 17 ff.

habe und es daher sein Eigentum sei. Letzteres zeigte Aebutius eines Tages auf dem Forum zu Rom dem Caecina förmlich an[1]). Durch diese Mitteilung verhinderte Aebutius, dass der arbiter sich auf die von Caecina beantragte Nachlasstrennung inter coheredes[2]) einliess, da der Streit in einem besonderen Prozess ausgetragen werden musste[3]). Ein Prozess wurde durch diese Mitteilung nicht eingeleitet[4]). Caecina beschloss die Vindication des Grundstücks[6]) und vereinbarte eine Zusammenkunft auf dem Grundstück, damit die Deductio moribus vom Gegner vorgenommen werde. Aebutius entschloss sich, diese nicht vornehmen zu lassen und begab sich daher mit Bewaffneten auf das Grundstück, um den Caecina am Übertritt auf dasselbe zu hindern. Als Caecina mit wenigen Freunden auf dem Wege nach dem Grundstück das Castell Axia erreicht hatte, erfuhr er das Vorstehende, dennoch versuchte er, auf das Grundstück zu kommen[5]), obwohl ihn Aebutius vorher gewarnt hatte, dass er den Versuch mit dem Leben werde bezahlen müssen[7]). Caecina gelangte bis hart an die Grenze, da befahl Aebutius jeden zu töten, der die dort befindliche Baumreihe überschreite. Caecina musste zurückweichen mit den Seinen und entkam[8]), ohne dass jemand verletzt wurde. Darauf erwirkte er gegen Aebutius das Interdikt de Vi armata, und es kam zur Sponsio[9]) und restipulatio. Im ersten Termine vertagten die Rekuperatoren die Sache, nachdem hier Caecinas Zeugen verhört waren und der Anspruch begründet worden war[10]). Im zweiten Termin wurden die Zeugen des Aebutius gehört, es wurde jetzt von ihm nicht bestritten, was geschehen war, während er im ersten Termine wohl

[1]) pro Caec. 7, 19.

[2]) Cic., pro Caec. 7, 19.

[3]) Keller, S. 361—366. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff. Kappeyne van de Copello, Abhandlungen zum römischen Staats- u. Privatrecht Heft 2, S. 132 ff.

[4]) anders v. Bethmann-Hollweg II 382.

[5]) pro Caec. 32, 95.

[6]) pro Caec. 7, 20.

[7]) Cic. pro Caec. 7, 20

[8]) pro Caec. 8, 21 ff. 10, 26.

[9]) pro Caec. 8, 23.

[10]) tum enim nostrae causae spes erat posita in defensione mea, tum in nostris testibus.

noch geleugnet hatte. Der Verteidiger des Aebutius, Piso, machte geltend, dass Jemand, der nicht Besitz gehabt habe, nicht restituiert werden könne. Die Rekuperatoren vertagten die Sache nochmals zwecks Beleuchtung der Rechtsfrage durch die Anwälte. Im dritten Termine hielt Cicero die Replik als Sachwalter des Caecina, in der Art, wie sie uns in der Rede pro Caecina vorliegt.

Es dreht sich im Prozesse um 2 Fragen, an erster Stelle darum, ob Besitz Voraussetzung des Interdikts de vi armata sei, zweitens darum, ob Caecina im Bejahungsfall besessen habe, drittens ob die hier vorgekommene Gewalt unter das Interdikt de vi armata falle. Piso bejaht, Cicero verneint die erste Frage[1]). Die zweite Frage und deren Beantwortung würden sich erübrigt haben, sobald Cicero genügende Beweise dafür an der Hand gehabt haben würde, dass Besitz für das Interdikt de vi armata nicht erfordert sei[2]). Umgekehrt würde aber auch die eingehende Erörterung der ersten Frage überflüssig gewesen sein, sobald Cicero ausreichende Beweise für den Besitz Caecinas zu Gebote gestanden hätten[3]). Cicero lässt sich auf beide Fragen ein. Es ist dies von vornherein zum mindesten ein Beweis dafür, dass er auf eine verschiedene Auslegung der Sache gefasst sein musste, wir werden unten noch sehen, welche verschiedenen Beweggründe für Cicero massgebend waren. Als geschickter Advokat will er aus freien Stücken dem Gegner nichts zugeben[4]), wir müssen daher die von ihm vorgebrachten Behauptungen sorgfältig prüfen.

Über das den Ausführungen Ciceros beizulegende Gewicht war man in der Wissenschaft lange uneins. Heute sind die Ausleger wohl eher darüber klar, dass Caecina als Nichtbesiter anzusehen ist[5]), wärend dies früher vielfach bestritten wurde[6]). Die Beweise für Caecinas Besitz sind sehr dürftig. Wenn ein Jurist wie Bethmann-Hollweg an Caecinas Besitz glaubt, so ist dies zunächst

---

[1]) pro Caec. 32, 92 ff.

[2]) ebenso Ruffini a. a. O., S. 8 ff.

[3]) Kappeyne van de Copello, S. 139. ebenso Ruffini a. a. O., S. 8 ff

[4]) Kappeyne van de Copello, S. 138. Ruffini a. a. O., S. 9 ff.

[5]) Savigny a. a. O., § 40 ff. Kappeyne van de Copello a. a. O., S. 48 ff. Ruhstratt in Iherings Jahrb., S. 152. Ubbelohde a. a. O., S. Rufini a. a O. Pars 1 cap. 1 § 4.

[6]) Vgl. bes. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. II § 125.

dem Umstande besonders zuzuschreiben, dass er mit der formellen Anzeige des Aebutius auf dem Forum zu Rom die rei vindicatio eingeleitet sieht, woraus weiter folgern würde, dass Caecina im Besitz gewesen sein müsse. Dass aber solche formelle Anzeigen durchaus nicht blos zur Einleitung von Klagen gegeben sind, hat Keller[1]) nachgewiesen. Auch ist nachgewiesen, dass diese Denuntiatio durchaus nicht zwingend auf die rei vindicatio hindeutet[2]).

Die Gründe, welche für Caecinas Besitz sprechen sollen, sind im Einzelnen folgende: Einmal sucht Cicero auf dem Wege des Nachweises, dass Caesennia Eigentümerin und juristische Besitzerin des fundus gewesen sei, zu erreichen, dass man ihrem Haupterben Caecina schon dadurch, dass er sich nach ihrem Tode auf das Grundstück begab und mit dem Pächter abrechnete, den juristischen Besitz pro parte hered. erworben ansehen musste[3]). Um den Pächter zur Abrechnung zu bringen, musste er sich als Haupterben der Verpächterin vorstellen, zugleich musste er damit den Pächter veranlassen, künftig im Namen der Erben zu detinieren[4]). In diesem Fall war er aber selbst als juristischer Besitzer anzusehen. Der Beweis dafür, dass Caesennia Eigentümerin des Grundstücks gewesen sei, ist m. E. nicht von Cicero erbracht. Zum Beweise dieses Eigentums der Caesennia bedurfte es des Nachweises, dass Aebutius das in Rede stehende Grundstück im Auftrage der Caesennia gekauft habe. Durch die von Cicero gegebenen Beweise ist noch nichts dafür erbracht, dass Caesennia den Auftrag an Aebutius erteilt hat.

Gegen diesen Auftrag spricht vielmehr vor allem sehr die Thatsache, dass Cicero nicht einen einzigen Zeugen dafür namhaft machen kann, der die damals nach Ciceros Behauptung allgemein zur Zeit der Versteigerung bestehende Ansicht von dem im Auftrage der Caesennia erfolgten Kaufe des Aebutius bestätigte. Und doch war seit jener Versteigerung noch nicht so viel Zeit verflossen, dass diese Ereignisse noch im Gedächtnisse der Leute sein mussten[5]).

[1]) Keller, a. a. O., S. 361—366. Ubbelohde, S. 175.

[2]) Vgl. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff.

[3]) l. 30 § 5 D. de a. p. 41[2]

[4]) Ruhstrat in Iherings Jahrb. Bd. 19, S. 134 ff.

[5]) Dadurch wird die von Cicero behauptete Untreue des Aebutius, die (an sich) eine gewisse Wahrscheinlichkeit nach Lage der Sache hatte, hinfällig.

Es bleibt daher nur übrig, Caesennia als Niessbraucherin anzusehen. Da aber der Niessbrauch des Grundstückes mit dem Tode derselben endigte, so konnte der Besuch des Grundstückes durch Caecina nach ihrem Tode nichts mehr bedeuten[1]).

Aber Caecina scheint auf das Fulcinianum nach dem Tode der Caesennia auch schon deshalb nicht mehr gekommen zu sein, da Aebutius ihm jedenfalls nach Lage der Sache keine Zeit hierzu gelassen hat[2]). Aus der Rede pro Caecina lässt sich wohl nur entnehmen, dass Caecina zu Lebzeiten seiner Frau in Geschäften derselben dorthin gegangen sei.

Cicero gründet die Behauptung von Caecinas Besitz ferner darauf, dass er ja gefordert habe, Aebutius solle die deductio[3]) moribus vornehmen, und ihm hierzu von Aquilius Gallus geraten worden sei. Jene Behauptungen und die Berufung auf den bekannten Juristen sind schon aus dem Grunde nicht stichhaltig, weil aus der ganzen Art des Vortrages erhellt, dass es Cicero nur darum zu thun war, die Richter zu blenden.

Mit Recht sagt Ubbelohde[4]), dass ebenso wie die Vornahme der Deductio moribus freier Verständigung der Parteien überlassen war, so auch durch Vereinbarung der Parteien festgestellt wurde, wer deducieren und wer deduciert werden sollte (Cic. pro Tull. 8, 20). Die Deductio fand daher auch gerade dort statt, wo keine Partei das Uti Possidetis wagen wollte, insbesondere aber wurde aus obigen Gründen gar nicht über die Thatsache des bisher geübten Besitzes der Partei entschieden. Auf einen andern Punkt weist Kappeyne[5]) hin. Wenn Caecina den Streit mit dem Interdiktum Uti Possidetis führen wollte, warum ging er nach der ihm seitens des Aebutius ausgesprochenen Weigerung, die Deductio moribus vornehmen zu lassen, nicht eiligst nach Rom, um das sekundäre restitutorium zu fordern und, damit ausgerüstet, den Besitz zu verlangen! Es ist zweifellos nach Cicero, dass der deductio noch keine gerichtliche Verhandlung vorhergegangen war.

---

[1]) Vgl. Ruhstrat S. 144.

[2]) ebenso Ruffini a. a. O., S. 9. Ruhstrat a. a. O. S. 152 ff.

[3]) Cic. pro Caec. 32, 95.

[4]) a. a. O., S. 178. ebenso Kappeyne a. a. O. Ruhstrat a. a. O. Ruffini a. a. O.

[5]) a. a. O., S. 135.

Warum suchte Caecina trotz der Weigerung des Aebutius und dessen Drohungen auf das Fulcinianum zu kommen[1])! Verdiente dies nicht Beachtung? Bei diesem Punkte ist Cicero selbst nach einem Auswege verlegen, er kann nur Caecinas eilfertigen, waghalsigen Charakter heranziehen[2]). Die Erklärungen Kappeynes zu Caecinas Vorgehen lassen sich gut hören[3]). Danach hat Caecina nie ernstlich an das Interdikt Uti Possidetis gedacht, vielmehr die Deductio nur gefordert, um sich den Anschein zu geben, als wolle er den Aebutius possessorisch belangen, während er in Wahrheit vielmehr nur von der deductio auf einen für sich günstigen Vergleich oder im Falle des Nichtzustandekommens desselben auf solche bei der Vornahme der deductio sich ereignende Zwischenfälle rechnete, die für ihn nutzbar gemacht werden konnten. Kappeyne sucht den Wandel in der Gesinnung des Aebutius gegenüber der Vornahme der deductio moribus damit in Zusammenhang zu bringen, dass Aebutius erst später auf das hinter dem Verlangen Caecinas sich etwa verbergende Spiel gekommen wäre. Diese Vermutungen dienen wirklich zur Aufklärung des bisher rätselhaften Gebahrens von Aebutius und Caecina. Gegen eine ernstliche Absicht, das Interdikt Uti Possidetis zu ergreifen, spricht auch die Thatsache, dass Cicero über die Haltung seines Miterben Fulcinius, des Freigelassenen, nichts erwähnt, obwohl er ohne ihn einen possessorischen Prozess bezüglich des seiner Ansicht nach zum Nachlass gehörigen Fulcinianum nicht führen konnte.

Die Berufung auf den Rat des Aquilius Gallus, das Interdikt Uti Possidetis zu ergreifen, thut auch nichts zur Sache, da die Juristen auf Grund der ihnen von den Parteien selbst gemachten Angaben respondierten, diese Angaben aber oft unvollständig waren[4]).

Wir gelangen zu der Überzeugung, dass Caecina nicht besass, indem wir bei der Behauptung von Klotz[5]) uns nicht aufhalten, dass Cicero in der letzten Verhandlung nicht alle Beweisgründe für Caecinas Besitz aufgeführt habe, da dies schon früher geschehen sein müsse. Gegen Klotz spricht, dass die Rekapitulation

[1]) Kappeyne, S. 142 ff.
[2]) Cic. a. a. O., S. 22.
[3]) Kappeyne a. a. O., S. 136 ff.
[4]) Kappeyne a. a. O., S. 137. Ubbelohde a. a. O., S. 173.
[5]) Klotz Cic. Reden, S. 459.

der Gründe in der dritten Rede alle wichtigen Gründe jedenfalls enthält. Wir nehmen mit Ubbelohde[1]) an, dass Caecinas Besitz nicht erweisbar gewesen sei.

In der Frage, ob juristischer Besitz für das Interdictum de vi armata erfordert werde, ist man uneins. Savigny[2]), Ruhstrat[3]) Kappeyne[4]) und Ruffini[5]) fordern juristischen Besitz, Keller[6]) und Ubbelohde[7]) erklären eine gewisse thatsächliche Beziehung der Person zum Grundstück für genügend, aus dem er mit Gewalt vertrieben oder zurückgehalten sei[8]). Wie Ubbelohde näher ausführt, sei dies zur Zeit Ciceros die allgemeine Ansicht gewesen, während später auch für das Interdikt de vi armata juristischer Besitz erfordert worden sei[9]). Keller und Ubbelohde stellen nun die Vermutung auf, dass sogar der Erbe eines Pächters oder Niessbrauchers das Interdikt de vi armata hatte, falls er mit Waffengewalt aus dem Grundstück vertrieben worden sei. Ubbelohde sagt, dass aus dem vom Niessbraucher, der das Niessbrauchsgrundstück wieder verpachtet habe, abgeschlossenen Pachtverhältnis der Anspruch auf Rückgabe des Pachtgutes auf seinen Erben übergehe, dieser auch, da er verpflichtet sei, das Grundstück in ordnungsgemässen Zustande dem Eigentümer herauszugeben, daher rechtlichen Anlass habe, durch Betreten des Grundstücks dessen wirtschaftlichen Zustand festzustellen. Habe man sogar dem Erben des Niessbrauchers das Interdikt gegeben, ehe er zu dem von seinem Erblasser verpachteten Grundstück in ein thatsächliches

[1]) Ubbelohde a. a. O., S. 173.

[2]) Savigny a. a. O., S. 423.

[3]) Ruhstrat a. a. O., S. 149.

[4]) Kappeyne, S. 137.

[5]) Ruffini a. a. O. S. 17 ff.

[6]) Keller a. a. O., S. 370 ff.

[7]) Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff. Unter den älteren Schriftstellern sagt schon Latomus a. a. O., S. 344, 347: vis enim simplex ad possessionem dumtaxat, armata ad quemvis pertinet. Cujaz vol a. a. O. IV, S. 652 ff. sagt: hoc una est, quod Interdictum de vi armata detur non tantum possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat, tunc cum dejectus est, ebenso Donell a. a. O. vol 15 cap. 31.

[8]) Keller cap. I § 5, S. 376 ff. Ubbelohde S. 168 ff.

[9]) Ubbelohde schreibt den gegen Gewalt erlassenen Strafgesetzen den bestimmten Einfluss zu, das Interdict de vi arm. auf den juristischen Besitzer beschränkt zu haben.

Verhältnis getreten war, so habe man es wohl auch dem Eigentümer nicht verweigern dürfen, der an der ersten Besitzergreifung eines irgend wie ihm übereigneten Grundstücks gehindert worden sei.

Wir stellen Keller und Ubbelohde nur die Frage gegenüber, woraus denn Caecina, der nie Detentor gewesen war, vertrieben worden sein soll oder wovon ihn Aebutius gewaltsam abgehalten haben soll? Es ist unvereinbar mit den Worten des Interdikts Unde Vi, dass es auch einer Person zustehen soll, die nie Besitz gehabt hat. Die Worte: „restituas, unde dejecisti" können, wie Piso sagt, nur auf einen vertriebenen Besitzer gehen. Wir fassen das Interdikt de vi armata als ein zur Ergänzung der gewöhnlichen Interdikte zwecks besseren Schutzes der Besitzer geschaffenes Rechtsmittel auf[1]) und gründen dies hauptsächlich auf den Inhalt der Formel. Dejectus ist nur ein vertriebener Besitzer nach dem natürlichen Wortsinn, der dejectus aber ist allein zur Anstellung des Interdikts de vi armata berechtigt. Danach konnte Caecina nur mit den gewöhnlichen Interdikten vorgehen, um den Besitz vom Gegner zu bekommen, Aebutius konnte, ohne dem Interdikt de vi armata zu verfallen, als Besitzer sich im Besitze verteidigen[2]). Einen von uns nicht geteilten Standpunkt hat Cicero. Er sieht im Interdikt de vi armata ein zum Schutze der Gesellschaftsordnung bestimmtes Rechtsmittel, welches jede durch Waffengewalt begangene Eigenmacht mit Verlust des Besitzrechts bestrafen soll[3]). Die Bedeutung des Wortes „Dejectus" schüchtert ihn nicht ein, er verwirft die Berufung hierauf als Haarspalterei[4]). Seine Hauptstütze ist, dass das Interdikt zwischen Caecina und Aebutius sine ulla exceptione

---

[1]) Kappeyne a. a. O., S. 137. Ruffini a. a. O., S. 9 ff. Ruhstrat a. a. O., S. 149 ff. a. A. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff.

[2]) ebenso Kappeyne a. a. O. 132 ff. Ruffini a. a. O., S. 9 ff.

[3]) Dies sieht, als Anschauung der Ciceronianischen Zeit an Ubbelode a. a. O., S. 175 ff., ebenso Keller a. a. O., S. 390.

[4]) Er behauptet, dass unter der Voraussetzung „Unde" die Vorfahren sowohl verstanden den Fall, in welchem man ex fundo, wo man sich befand, herausgeworfen sei als auch den Fall, dass man a fundo, worin man eintreten wollte, cap. 31, 32.

erlassen war und von Caecina nicht einmal der Versuch gemacht war, die Waffen zu erheben. Er beruft sich hierbei darauf, dass der mit Waffen angegriffene Besitzer, der ebenso mit Waffen den Kläger abgewehrt hatte, eine vom Prätor in das Interdikt aufzunehmende Formel nötig hatte, sobald er sich auf die gleiche Schuld des letzteren berufen wollte. Nun hatte hier aber Caecina gar keinen Angriff auf Aebutius unternommen, er hatte deshalb auch keine Exceptio erlangen können[1]).

Cicero erwidert ferner auf die Ausführungen Piso's, nach denen nur der vertriebene Besitzer das Interdikt de vi armata habe, unter Berufung auf den Wegfall der Besitzklausel in der Formel „cum possideret[2])" und verlangt daraufhin, dass dem Aebutius der Beweis seines Besitzes nicht verstattet werde. Wir betrachten durch diese Ausführungen Ciceros die Argumente Pisos nicht als widerlegt. Wir sehen in diesen Äusserungen Pisos, die mit denen Ulpians darin sich decken, dass zum Interdikt de vi armata juristischer Besitz erfordert werde, einen Beweis dafür, dass sich die Anschauungen in dem besprochenen Punkte von der Zeit Ciceros bis auf Ulpian nicht geändert haben[3]).

Wir schlagen auch Cicero mit seinen eigenen Worten. Wäre das Interdikt de vi armata ein Rechtsmittel zur Aufrechterhaltung der Gesellschaftsordnung und der Beschränkung der Selbsthülfe gewesen, so könnte Cicero nicht an einer Stelle mit Bezug auf dieses sagen: „nihil aliud actum esse nisi possessionem per interdictum esse repetitam[4])" und an einer andern Stelle, wo er das Interdikt mit der Actio injuriarum vergleicht, könnte er ebenfalls nicht sagen, dass er diese nicht angestrengt haben würde, weil mit ihr „jus possessionis non assequitur[5])". Der ganze Zweck der Anstellung des Interdikts de Vi armata durch Caecina geht nicht etwa auf Bestrafung des Aebutius oder sonst etwas hinaus, sondern allein darauf, den Besitz zu verteidigen. Auch daraus ergiebt sich zusammen mit dem Vorstehenden[6]), dass der Zweck des Interdikts in der

---

[1]) vgl. Kappeyne a. a. O., S. 137.
[2]) c. 19, 20.
[3]) so Kappeyne a. a. O., S. 132 ff. Lenel Ed., S. 371.
[4]) cap. 3.
[5]) cap. 12.
[6]) Ruffini a. a. O., S. 14 ff.

Wiedererlangung des Besitzes für den Kläger, nicht aber in der Abwehr der Selbsthülfe lag. Wir halten daher die Ansicht von Ubbelohde[1]) nicht für richtig, dass zur Zeit Ciceros noch allgemein juristischer Besitz für das Interdikt de vi armata nicht erfordert wurde[2]).

Bei der Hinfälligkeit der Behauptungen und Beweise Ciceros ist die Thatsache als festgestellt anzusehen, dass das Interdikt de vi armata juristischen Besitz erfordert[3]). Was aber für das Interdikt de armata und non armata gilt, gilt auch für das vereinigte Interdikt, wie nachgewiesen ist. Es mag gestattet sein, hier nur noch darauf zur Unterstützung unserer vorhergehenden Beweisführung hinzuweisen, dass die gemeinsame Grundlage der Interdikte, auf der sich der Verschmelzungsprozess aufgebaut hat, auch bei Ulpian sich in dem Heraustreten eines für beide Interdikte gemeinsamen Begriffsmerkmals der „Dejectio" als der „Entfernung eines Possessors" dokumentiert. Schon Keller[4]) ist dies aufgefallen und es hat ihn zu dieser allerdings falschen Ansicht gebracht, dass das I. de Vi armata bereits bei Hadrian die Clausel nicht mehr gehabt habe[5]). Der Dejectio possessoris cum armis und der Dejectio possessoris sine armis ist gemeinsamer Hauptinhalt die Dejectio d. h. Dejectio possessoris. Das Wesensmoment der Austreibung eines Possessors wurde daher der ganzen Titelrubrik als Rechtsbegriff unterstellt[6]).

Auch diese Ausgestaltung deutet auf die Gemeinsamkeit der Grundlagen des Interdikts hin.

[1]) Ubbelohde, S. 175 ff.

[2]) Ein Interdict adipiscendae possessionis war das Interdikt de vi armata nicht, wie dies manche annehmen z. B. Westphal, Hostmann, Observ. lib. VII cap. 6 S. 214, dagegen spricht der ganze Prozess Caecinas, auch die volle Übereinstimmung der Ulpianischen Äusserungen mit denen von Piso. Dies zeigt die Rekonstruktion der Formeln bei Lenel. Lenel ed. perp., S. 371. Ruffini a. a. O. S. 15 ff.

[3]) Ubbelohde, S. 163 nimmt an, dass das Interdictum de vi armata gegen Ende des 7. Jahrh. der Stadt keineswegs allgemein anerkannt war, allerdings seit Mitte des 2ten Jahrh. n. Chr. ausschliesslich dem dejudicierten juristischen Besitzer zustand.

[4]) Keller a. a. O.

[5]) s. oben.

[6]) Ruffini, Pars. I cp. 1 § 1 vgl. hierzu Ubbelohde, S. 157.

Nach diesen Ausführungen ist an dem Festhalten des juristischen Besitzes für das Interdikt Unde Vi nicht zu zweifeln.

Nicht unter das Interdikt fallen die juris quasi possessores; denn eine dejectio de jure wird nicht anerkannt[1]). Eine alleinige Ausnahme bildet das Verhältnis des Usufructuars und Usuars, falls dieselben schon von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben.

Im Namen und Interesse des Besitzers können, abgesehen von besonderem Auftrage, nach l 1 C. si per vim, vermöge eines mandatum praesumptum alle die klagen, die in seiner Abwesenheit die Sache für ihn detiniert haben[2]).

Alle weiteren Versuche, diese römische Gestaltung des Interdikts Unde Vi zu durchbrechen, sind als misslungen anzusehen. Das Bemühen einer Richtung in der mittelalterlichen Praxis, auf Grund besonders der l 27 De don. 39,5 und l 21 de hered. petit. 5,3, l 1 C. 11, 49 die Aktivlegitimation des Detentors für das Interdikt Unde Vi einzuführen[3]), war nicht von Erfolg[4]). Da die römischen Quellen entgegenstanden, wurde diese Ansicht nie communis opinio[5]) und wurde nicht recipiert. Alle Versuche einer Richtung in der mittelalterlichen Praxis, durch Cumulation von Petitorium und Possessorium die Aktivlegitimation des Unde Vi petitorisch zu gestalten, sind misslungen. Die von Ficker[6]) beigebrachten Rechtsurkunden beweisen, dass das Mittelalter an der Aktivlegitimation des juristischen Besitzers bei dem Unde Vi festhielt. Die deutsche Praxis seit der Reception hat das Unde Vi stets in dieser Beziehung in rein römischer Gestalt aufgefasst.

---

[1]) l 1 C. si per vim, Bruns, Recht des Besitzes, S. 62.

[2]) Bruns a. a. O.

[3]) Roffred Tr. ord. jud. lib. VIII. de l 7 C. de vi n. 22 u. a. gl. „facile“ zu l 16 cit. Roffredus Comment. ad l 7 C. de vi n. 17.

[4]) Bruns Recht des Besitzes, S. 115. Ruffini a. a. O., S. 283 ff. Mit Recht hebt Ruffini hervor, dass diese Versuche in den Zeiten der schwierigsten gesellschaftlichen Zustände dem Bedürfnis nach ausreichendem Schutz gegen Gewaltthaten entsprangen.

[5]) Bruns a. a. O., S . 113 ff. Ruffini a. a. O., S. 283 ff. Mit Recht hebt Ruffini auch dort hervor, dass damals die Zeit zur Ausgestaltung der Rechtsmittel noch nicht gekommen war.

[6]) Ficker a. a. O. n. 192, S. 233.

Cap. III.

Die Klageberechtigung bei der actio spolii.

Eine Erweiterung der Aktivlegitimation hat die gemeinrechtliche Restitutionsklage durch das kanonische Recht[1]) und die moderne Praxis erfahren. Durch die letztere ist auch der Detentor im eigenen Interesse für aktiv legitimiert erklärt[2]).

Als Quelle hinsichtlich der Beantwortung der Frage der Aktivlegitimation müsste hier zunächst das Canon Redintegranda in Betracht kommen. Wir können ihm jedoch keinen Einfluss auf unsere Frage einräumen. Nach der geschichtlichen Ausführung stellt das Canon Redintegranda in der Pseudo-Isidorischen und Gratianischen Gestalt kein possessorisches Klagerecht, sondern überhaupt nur eine politische Massregel, ein prozessualisches Institut dar[3]). Die Ausgestaltung zur Klage erfolgt, wie im geschichtlichen Teil bewiesen ist[4]), erst später. U. E. ist das Canon Redintegranda eine prozessualische, den Bischöfen gegebene Garantie, die Wiedererlangung der geraubten Sache ist hier eine nebensächliche Erscheinung[5]). Bruns sieht in dem von Pseudo Isidor aufgestellten Mittel ein possessorisches Klagerecht neben der wahren exceptio.

Seine Beweisführung zeigt uns die Unhaltbarkeit dieser Ansicht. Er muss anormal verfahren und, wie es bei einer Untersuchung über den possessorischen Charakter einer Klage nicht vorkommt und nicht vorkommen darf, seine Betrachtung nach einer subjektiven und objektiven Seite zu gestalten bezw. spalten.

Er untersucht zunächst in subjetiver Hinsicht, ob der Bischof wirklich de jure legitimer Bischof sein muss, um sich auf den Canon Redintegranda stützen zu können, oder ob es genügt, dass er im Besitze der bischöflichen Würde ist.

---

[1]) Bruns Recht des Besitzes, S. 331 ff.

[2]) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 734 § 162 a. d. E. u. n. 7 b und dort Citierte. Bruns Besitzklagen, S. 226 ff. u. dort Citierte. Stobbe § 77, 6 a (3. Aufl. Lehmann II 1 § 91, 6 a; Bähr, Urt. des R.G., S. 38 ff.

[3]) Ruffini a. a. O., S. 207 ff.

[4]) Vgl., S. 12 dieser Arbeit.

[5]) ebenso Ruffini a. a. O., 207 ff., anders Bruns Recht des Besitzes S. 149 ff.

Die andere Untersuchung geht dahin, in objektiver Beziehung zu erforschen, ob der Bischof nur Sachen, die er besessen hat, verlangen könne.

Die erste Frage glaubt Bruns trotz des Bedenkens, dass ein illegitimer Bischof gar kein Bischof sei, man daher eigentlich den Beweis der canonica institutio fordern müsste, doch im Hinblick auf die Zwecke Pseudo Isidors und deren Vereitelung durch strenge Beweiserfordernisse, damit beantworten zu können, dass nur Besitz des Episkopats erfordert sei.

Die zweite Frage beantwortet er aus gleichem Beweggrunde trotz der öfteren Ausdrücke: „sedes suae etc.“ bei Pseudo Isidor doch ebenfalls im extensiven Sinne dahin, dass alles im juristischen Besitz befindliche Vermögen gemeint werde.

Wir wollen die vorstehenden Resultate von Bruns in Rücksicht auf unseren, die possessorische Natur und überhaupt die Annahme einer Restitutionsklage hier ablehnenden Standpunkt, keiner grossen Betrachtung unterziehen. Nur soviel mag gesagt sein, dass auf die so unbestimmt gehaltenen Ausdrücke des Canon Redintegranda nicht Wert gelegt werden kann. Es muss daher dahin gestellt bleiben, ob die erste Frage im Sinne von Bruns zu beantworten ist, oder ob man mit Ruffini[1]) hier einen Fall der possessio colorata annimmt. Die Zwecke Pseudo Isidors sprechen für die Richtigkeit der Ansicht von Bruns, die auf die Zeitverhältnisse gegründeten Bedenken Ruffinis für diesen. Es mag richtig sein, dass damals Bischöfe mit dem äusseren Anschein der Legalität instituiert wurden, sodass die possessio colorata von Pseudo Isidor verlangt wurde. Die zweite Frage dürfte wohl im Bruns'schen Sinne zu behandeln sein.

Doch unserer Auffassung nach kommt es auf diese Fragen nicht an, da das Canon Redintegranda nur eine prozessuale Garantie, kein Rechtsmittel ist[2]). Wir stützen diese Ansicht noch dadurch, dass man trotz des Canons Redintegranda damals die possessorischen römischen Klagen in possessorischen Fragen anwandte. Ferner stellt die Abhängigkeit des Pseudo Isidorischen Hülfsmittels von dem zufälligen Umstande einer Kriminalanklage

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff.

[2]) s. S. 7 ff.

die Natur derselben in das richtige Licht. Es handelt sich bei Pseudo Isidor nur um den Schutz des Spoliaten als Angeklagten; von dem Gedanken des Possessoriums ist das Institut eben so weit entfernt wie überhaupt von dem Gedanken, ein Rechtsmittel des materiellen Rechtes darzustellen. Die Beschränkung auf Bischöfe zeigt mit den obigen Umständen zusammengenommen deutlich, dass wir es nur mit einer politischen Massregel bei Pseudo Isidor wie Gratian zu thun haben. Unter welchen Verhältnissen der Eintritt in das allgemeine bürgerliche Recht erfolgte, ist bereits früher besprochen[1]), hier haben wir es nur mit den juristischen Consequenzen zu thun, die uns zur Versagung des Einflusses jenes Canons auf die Aktivlegitimation der Spolienklage bringen. Wir sehen uns daher im kanonischen Recht weiter um.

Die Glosse zum Decret beschränkt die cond. ex can. auf den juristischen Besitzer, dehnt sie aber schon auf Fälle aus, in denen jemand im Namen eines andern besitzt.

An letzterem halten Goffred[2]) und Durantis[3]) fest, die erneuernd und vervielfältigend zahlreiche Ausnahmen der Glosse hinzufügen. Derselbe Durantis giebt an einem Orte die cond. ex can. dem Depositar und Commodatar ebenso Joh. de Deo[4]), Joh. Andrea[5]), Butrio[6]).

Ancharanus[7]) verweigert es unter Rücksicht auf l 7 C.

Die Tendenz der Praxis zur Ausdehnung der Aktivlegitimation auf den Detentor war unwiderstehlich, dies folgt aus Joh. Ant. de Georgio[8]):

„. . . sed aliquo actu possessionis vel detentationis pronuntiant restituendo taliter agentem.“

[1]) Vgl., S. 7 ff. dieser Arbeit.

[2]) Goffred Summa fol. 86.

[3]) Durantis Specul. judic. lib. VI part. I De petit. et possess. spol. fol. 87. Wie Goffred: Hostiensis, Summa aurea lib. II De rest. spol. fol. 108, s. Ruffini a. a. O. S. 355.

[4]) Joh. de Deo Cavillationes IV 6 n. 52.

[5]) Andreae Addict. ad Durant. Speculum tit. de rest spol.

[6]) Butrio Comment. de rest. spol. c. 18 f. 140.

[7]) Ancharanus Comm. fol. 176. Berl. 1581. Bruns R. des Besitzes 231 ff. 271. Ruffini S. 356.

[8]) Joh. Ant. de Georgio Comment. super Decretorum vol. c 3 Cu III qu I fol. 123—125. Ruff. a. a. O., S. 356.

„ . . . . . Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium nec possessionem, sed meram detentationem competit hoc remedium.“

Er verallgemeinert, indem er vom Besitzesschutz des Depositars und Commodatars ausgeht, spricht er ihn dem Detentor an sich zu.

Pontanus[1]) giebt dem Detentor die Condictio ex can, Menochius[2]) nicht. Auf dem Standpunkt, die cond. auch dem Detentor zu geben, stehen die meisten italienischen Statuten z. B. von Cremona[3]), Acqui[4]) etc.

Die Ausdehnung auf die Detention ist also in Italien fast allgemein angenommen, wenn auch gegen den Widerspruch einzelner weniger, hierzu hat die auf der Ansicht des Durantis stehende Meinung der Rota viel beigetragen[5]). Die deutsche Praxis hat bis in das 18. Jahrh. die Klage ebenfalls dem Detentor verstattet. Mit Savigny erfolgt der Rückschlag, Theorie[6]) und teilweise auch die Praxis[7]) kehren zum Erfordernis des juristischen Besitzes zurück[8]). (So Entscheidungen des O.A.G. Celle 1842, Darmstadt 1849, Rostock 1865, Lübeck 1871).

Savigny[9]) und seine Nachfolger verweigern im Verfolg ihrer Lehre, dass der Besitzschutz den animus domini erfordere, den Detentoren, insbesondere Pächtern und Mietern, den Besitzesschutz, der Standpunkt Savignys zur Spolienklage selbst ist bereits oben besprochen[10]). Jedoch erkannte man mit der Zeit gegenüber der Lehre Savignys, dass die Frage des selbständigen Besitzesschutzes zu allen Zeiten eine mehr soziale und wirtschaftliche als eine logische uud dialektische sei[11]).

[1]) Pontanus De Spolio (Tractatus Univ. jur. t. XIV fol. 270) lib. I n. 126.

[2]) Menoch, De recup. poss. Remed. XV n. 50—52.

[3]) Ruffini, S. 432.

[4]) Ruff., S. 432. Wie diese Statuten auch Costa, Tract. de Remed subsid. Rem. 49 fol. 149.

[5]) Bruns Recht des Bes., S. 231. Menoch XV n. 49—54.

[6]) Savigny § 40, S. 393, 417—18. Schweppe § 560. Schilling Lehrb. der Inst. § 144. v. Wenig-Ingenheim II § 299.

[7]) S. A. I 225; 26, 11; 22, 147.

[8]) Bruns Besitz, S. 393, 417—8.

[9]) Savigny a. a. O., S. 424 ff.

[10]) s. S. 19.

[11]) Fischer, Soll Kauf Miete brechen? S. 31 ebenso Ruffini a. a. O., S. 66 cap. IV § 1. Dernburg a. a. O., vgl. R. Leonhard, Studien Heft 1 S. 30 ff.

In dieser Erkenntnis schlug ein Teil der Praxis einen zuerst vom Cassationshof zu Wolffenbüttel im Jahre 1859 betretenen Mittelweg ein. Man gewährte den Detentoren im eigenen Interesse also dem Leiher, Mieter, Pächter, procurator in rem suam und dem Retentionsberechtigten possessorischen Schutz[1]). Dieser Ansicht folgte auch das Reichsgericht[2]).

Man kann nicht leugnen, dass diese veränderte Rechtsanschauung im Zusammenhange mit den modernen Rechtsgedanken steht, auf welche freilich überkommene Anschauungen des deutschen Rechts befruchtend einwirken mochten[3]).

Die deutschen Begriffe vom Besitz, denen der Gedanke der Gewere zu Grunde liegt, unterscheiden sich von der römischen possessio wesentlich. Das deutsche Recht macht bezüglich der Gewere einen Unterschied zwischen Liegenschaften und Fahrnis[4]). Für jene ist das Brauchen, für diese das Haben das Kennzeichen der Gewere, und es ist daher dort die wirtschaftliche Nutzung, hier der Gewahrsam entscheidend[5]).

Auf dem Gebiete des Mobiliarschutzes wie des Immobiliarschutzes ist für das deutsche Recht die Streitfrage bestehen geblieben, inwieweit dasselbe eine Klageberechtigung auch der Detentoren anerkannt habe.

Gierke[6]) sieht durch jede auf selbständige Rechtsausübung gerichtete Sachherrschaft eine Gewere als begründet an, Bruns[7]) scheidet hinsichtlich dieser Frage scharf zwischen Mobilien und Immobilien. Bezüglich der ersteren giebt er seine frühere Ansicht auf, dass die Detentoren zu eigenem Interesse klageberechtigt gewesen seien, und stellt nur als Kriterium hin, dass die Gewere durch freiwillige Hingabe einer Sache zur Detention verschafft werde.

Inwieweit aber Detention und Gewere zusammenfallen, giebt er nicht näher an.

---

[1]) Fischer a. a. O., S. 68 u. die dort Citierten. S. A. 12^{169}, 15^{28}, 17^{245}, 40^{36} a E. 42^{99}, 24^{212}, 37^{290}, 47^{185}, 51^{76}.

[2]) R.G. 5^{42}, 30^{42}, 33^{101}.

[3]) Fischer a. a. O., S. 68.

[4]) Bruns Besitzklagen, S. 227.

[5]) Bruns a. a. O., S. 227.

[6]) Gierke in Fischers Abhandlungen Heft 4 a. a. O., S. 5.

[7]) Bruns Besitzklagen, S. 228 ff.

Hinsichtlich der Immobilien scheidet er den Verwalter, den Vormund und den Mieter aus der Reihe der Klageberechtigten aus.

Der Streit ist durch Widersprüche unter den Quellen hervorgerufen, diese Widersprüche fallen aber fort, sobald man diejenigen Quellen ausscheidet, welche durch ihre stark romanistische Färbung keinen Anspruch mehr auf Darstellung des reinen deutschen Rechtes haben[1]). Lässt man insbesondere das durch romanistische Anschauungen gefärbte Brünner Schöffenbuch ausser Betracht, so ergiebt sich ein einheitliches Gesamtbild hinsichtlich des Standes der Quellen[2]). Vor allem darf man nicht mehr die Gewere des Pächters bestreiten[3]). Dies ergiebt sich als zweifellos sowohl aus Quellenbelegen (Beaumanoir, les coutûmes de Beauvoisis 34_{13} als auch insbesondere daraus, dass der allgemeine Grundsatz: de it in nut unde in gelde" hier zutrifft[4]).

Gleiche Grundsätze müssen aber auch für den Mieter einer unbeweglichen Sache in Betracht kommen[5]). Das hier den Gegenstandpunkt vertretende Brünner Schöffenbuch ist aus dem oben angeführten Grunde als nicht massgebend abzulehnen. Wenn wirklich einzelne Quellen in dieser Beziehung zweifeln, so ist dies nur der geringen Bedeutung zuzuschreiben, die sie der Miete geben. Nach dieser Untersuchung dürften wir den Standpunkt Gierkes für uns annehmen, da es auch nachweisbar ist, dass die Gewere auch der Verwahrer einer beweglichen Sache hat[6]), während ebenso zweifellos unselbständige Inhaber z. B. Verwalter der Gewere darben[7]) [8]).

[1]) Fischer a. a. O. S. 46 ff.

[2]) Fischer a. a. O. S. 47.

[3]) v. Brünneck in Ztschrft. f. R.G. XIV 151 ff. Heusler Inst. II § 82. Stobbe D.Pr.R. II 17 A. 25. unrichtig Planck I 584. Lehmann-Stobbe II 204 a 40.

[4]) Fischer a. a. O., S. 47.

[5]) Fischer a. a. O., S. 47. Huber, S. 24 A. 51. 29 A. 63. unrichtig: Stobbe a. a. O., S. 16. Heusler Gewere, S. 119.

[6]) Gierke a. a. O., S. 5 n. 9 72 n. 50, 51.

[7]) Gierke a. a. O., S. 5 n. 9 u. Text.

[8]) Verwalter einer Liegenschaft hat keine Gewere nach Sachsensp. Lehn R. ab. 2 § 1, der in häuslicher Abhängigkeit bewegliche Sachen verwaltende Hausgenosse nach Sachsensp. III ab. vgl. Heusler a. a. O., S. 146, 161. Huber a. a. O., S. 25 ff.

Was nun die Natur der deutschrechtlichen Klagen anbetrifft, so müssen wir zunächst bezüglich der Mobiliarklage die Ansicht von Bruns [1]) teilen, dass diese gegen jede materiellwiderrechtliche Aneignung der Sache sich richtet. Die Ausbildung der deutschen Mobilienklage über die Gestaltung des römischen Mobiliarbesitzschutzes konnte wohl das Bedürfnis nach einer Klageberechtigung auch der Detentoren wachrufen. In einer wichtigen Beziehung steht jedoch die deutsche Mobilienklage dem römischen Recht fremd gegenüber; es hat bei ihr nämlich die Einrede des Eigentums statt. Dies ist wohl gegenüber Laband [2]) mit Bruns [3]) anzunehmen. Dadurch aber wurde es unmöglich, die Klage, welche diese Einrede nicht ohne Veränderung ihres Wesens aufgeben konnte, in das römische Besitzklagensystem einzureihen.

Bezüglich der Immobilien ist bereits die Klageberechtigung der Mieter, Pächter etc. für das deutsche Recht oben nachgewiesen.

Diese Untersuchung kann daher nur bestätigen, dass die moderne Klageberechtigung der Detentoren ausser in den seit der Römerzeit gänzlich veränderten sozialen Verhältnissen auch in den aus dem deutschen Recht her bestehenden Anschauungen ihre Quelle hat.

Gerade hierfür ist die Verschiebung der sozialen Stellung von Pächtern und Mietern, denen das deutsche Recht bereits Klageberechtigung verlieh, ein guter Beweis.

Es handelt sich nun darum, wie dieser modernen Rechtsbildung die theorethische Grundlage zu geben ist. Offenbar lässt sich diese Erweiterung nur schwer unter den Begriff der römischen corporis possessio einreihen [4]). Eine Übertragung des Besitzschutzes auf die Detention erscheint unmöglich; denn die Detention ist der allgemeine Begriff, der den Besitz mit animus domini

---

[1]) Bruns Besitzklagen, S. 238 ff.

[2]) Laband, die vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, S. 112 ff.

[3]) Bruns ist darin zuzustimmen, dass Laband das Klagefundament zu abstract formuliert. Laband stellt das Klagefundament auf alle Sachen, die „dem Kläger wider seinen Willen abhanden gekommen sind." Die Verteidigung, sagt dann Laband, S. 119 weiter, könne nur „in einer motivierten Verneinung des Klagefundaments bestehen." Dies ist für ein Volksrecht zu abstrakt.

[4]) Bruns Recht des Besitzes, S. 240.

unter sich fasst. Wenn daher der Detentor schon als solcher geschützt wird, so kommt auf seinen Besitz nichts an, folglich wird dann eigentlich im Besitz nur die Detention geschützt, womit der Schutz des Besitzes als solcher aufhört[1]) wieder[2]).

Endlich ist auch wenigstens für das gemeine Recht die Auffassung Böckings[3]) unannehmbar, welche an die Stelle des animus domini einen allgemeinen animus rem sibi habendi setzt, da hier die scharfe Scheidung zwischen Niessbrauch als Quasibesitz und Miete als Detention der Zusammenfassung unter einen Begriff hindernd im Wege steht. Der einzig mögliche Weg ist daher nur, die Detention im eigenen Interesse mit Bruns aufzufassen unter dem Gesichtspunte des Quasibesitzes mittels der Analogie von Niessbrauch. Der Besitzesschutz des Mieters ist kein Schutz seines Sachbesitzes, sondern des Quasibesitzes seines Rechts. Die Annahme eines Quasibesitzes bei der Miete war nach römischen Recht unmöglich. Hier ging der animus des Mieters nur darauf, dass der Vermieter ihn Dritten gegenüber im Besitze der Sachen schütze, das gemeine Recht hat aus den Rechtsinstituten der Miete und Pacht unter der Einwirkung anders gearteter socialer Verhältnisse anders geartete Institute gemacht[4]). Es hat denselben in gewissen Beziehungen einen quasidinglichen Charakter gegeben[5]) und deshalb musste auch der Mieter und Pächter Dritten wie dem Vermieter gegenüber possessorischen Schutz erhalten.

Die vorstehende Entwicklung des Besitzesschutzes widerlegt selbst die schon erwähnte Delbrücksche Theorie, welche entgegen der heutigen, eben vorgetragenen Ansicht von der Spolienklage diese dem Gebiete des Besitzes entziehen und das Interdikt Unde Vi allein als rekuperatorisches Besitzmittel behandelt wissen will.

Diese Ansicht bedeutet, hier vom Gesichtspunkte der Besitzklageberechtigung aus betrachtet, eine Rückschrittsbewegung auf

[1]) Auch eine vom abgeleiteten Besitz ausgehende Analogie bildet für die Erklärung des neuen Besitzesschutzes keine Handhabe, zumal der Begriff des abgeleiteten Besitzes selbst nur als Notbehelf zu betrachten ist u. einer juristischen Construction widerstrebt.

[2]) Bruns a. a. O., S. 241.

[3]) A.L.R. I 7 § 1—7 hat den animus rem sibi habendi.

[4]) Fischer a. a. O., S 31.

[5]) Fischer a. a. O.

dem Gebiete des Besitzesschutzes, mag sie auch im System der petitorischen Klagen eine Bereicherung des Rechtsschatzes bedeuten wollen. Die Einschränkung des Kreises der Besitzklagenberechtigten durch Ziebarth[1]) insbesondere, der das Interdictum Unde Vi hierin ebenso wie in allen andern Fragen für massgebend ansieht, ist wohl mit ein Grund für die ablehnende Haltung[2]), welche die gesamte Praxis der ganzen Delbrück-Ziebarth'schen Theorie gegenüber bewiesen hat. Eine in der Volksüberzeugung, wie wir sahen, wurzelnde Auffassung, dass auch die Detentoren zu eigenem Interesse Besitzschutz verdienten, lässt sich nicht durch eine Belehrung darüber beseitigen, dass die moderne Praxis in dieser Beziehung einen irrigen Weg eingeschlagen habe und man sie nunmehr auf den richtigen, längst verlassenen Weg wieder zurückführen müsse. Gerade diese Teilnahmslosigkeit der Praxis und Theorie gegenüber Delbrück beweist uns, dass tiefere Quellen, die in der Volksüberzeugung zu finden sind, sie auf dem seit 150 Jahren beschrittenen Wege zurück zu halten.

Aber auch an der Richtigkeit dieser Delbrück'schen und Ziehbarth'schen Belehrung ist zu zweifeln. Wir beschäftigen uns hier mit der Widerlegung nur insoweit, als behauptet wird, dass das Vorbringen des Titels bei der Rekuperationsklage im Mittelalter verstattet und dadurch im Zusammenhang mit andern Umständen die Klage zu einer petitorischen gestaltet worden sei. Diese anderen Umstände sind bereits von uns teilweise besprochen worden, im übrigen sollen sie noch besprochen werden.

Die mittelalterlichen Quellen zeigen allerdings, dass auch der Titel in die Frage des Possessoriums hereingezogen worden ist. Jedoch ist man nie zur Einigkeit darüber gelangt, inwieweit auf Seiten des Klägers das Erfordernis des Titels oder der bona fides aufzustellen sei[3]), wie selbst Ziebarth[4]) zugiebt. Ausserdem aber zeigen die Quellen ein Eingehen auf den Titel bezw., das Petitorium, welches durchaus nicht allgemein angenommen ist, nur bei

[1]) Ziebarth a. a. O., S. 288 ff.

[2]) Vgl. die Aufzählung der Gegner Delbrücks, S. 20 dieser Arbeit.

[3]) Bruns Besitzklagen, S. 222.

[4]) Ziebarth a. a. O., S. 291 spricht von dem Bilde traurigster Rat losigkeit, das die Geschichte der Klage bilde.

bestimmten Arten von Fällen oder aus bestimmten Gründen[1]). Die Frage des Titels wird zunächst aufgeworfen, wo es sich um Rechtsbegriffe handelt, bei denen es begrifflich unmöglich schien, von der Beurteilung der thatsächen Ausübung des betreffenden Rechts die Frage des Titels bezw. des Eigentums zu trennen[2]). Hier kamen eine Reihe von Specialbegriffen des kanonischen Rechts, die untituliert nicht zu existieren schienen, in Betracht. Besonders ist die Materie der Beneficien und Patronatsrechte diesbezüglich in den Quellen genannt[3]). Ausserdem aber brachte man den Titel auch dort zur Geltung, wo Hoheitsrechte in die Besitzfrage hineinspielten[4]).

Das Hereinziehen des Titels gerade bei diesen dem Rechtsleben des Mittelalters die Entstehung verdankenden Rechtsbegriffen beweist uns, dass es mit diesen seine besondere Bewandtnis hatte. Uns erscheint es deshalb unmöglich bei dieser Sachlage, die Zulassung des Titels mit dem Fortbestehen der dinglichen Klage des deutschen Rechts in Beziehung zu bringen, weil die Zulassung des Petitoriums bei diesen Specialbegriffen nicht unter allgemeinen Gesichtspunkten aufgefasst werden konnte.

Das über die Entstehungsgeschichte der Spolienklage im geschichtlichen Teile Gesagte wird hier zugleich beachtet werden müssen. — Es findet sich in den Quellen allerdings auch ein Eingehen auf das Petitorium in Fällen, wo es sich nicht um Specialbegriffe wie die oben genannten dreht. Aber auch hier lassen sich in den Quellen besondere Umstände für ihre Haltung entdecken, oft tritt der Gedanke hervor, mehrere Urteile und insbesondere im petitorischen Verfahren abweichende Urteile zu vermeiden. Die Organisation der mittelalterlichen Gerichtsbarkeit, das Nebeneinander bestehen einer grossen Anzahl von Gerichtsbarkeiten verschiedenster Art hat sicherlich diese Entwickelung mit beeinflusst[5]).

Dies alles aber zeigt uns, dass man nicht in der durch Zwecke verschiedener Art hervorgerufenen Hereinziehung des Pe-

---

[1]) Vgl. Meischeider a. a. O., S. 172 ff.

[2]) Anders als hier Meischeider, S. 173 ff. Ruff. a. a. O., S. 281 ff. wie hier.

[3]) Ruffini a. a. O., 281 ff.

[4]) Vgl. Meischeider a. a. O., S. 174 ff.

[5]) Ruffini a. a. O. 81 ff.

titoriums in bestimmten Fällen ein allgemein gültiges Prinzip erblicken kann.

Oft findet sich in den Quellen die sog. possessio colorata erwähnt, welche ein Justifizieren des Titels, das heisst ein Wahrscheinlichmachen desselben bedeutet[1]).

Geminianus wie Bellamera[2]) u. a. geben hierüber Aufschluss.

Das Resultat dieser Betrachtung ist der Delbrückschen Theorie ungünstig. Wir halten auf Grund unsererer Darstellung für festgestellt, dass es niemals communis opinio war, petitorische Elemente, insbesondere das Erfordernis des Titels oder der bona fida auf Seiten des Klägers aufzunehmen[3]), und dass schon aus diesem Grunde alle von Delbrück und Ziebarth für das heutige Rechtsleben in Bezug auf die Gestaltung des Kreises der klageberechtigten Personen gezogenen Schlussfolgerungen unannehmbar sind, wie wir auch an andern Stellen nachweisen werden. Wir halten aber noch andererseits für erwiesen, dass die Aufnahme petitorischer Elemente, insbesondere derjenigen des Titels oder der bona fides auf Seiten des Klägers, nicht in Zusammenhang mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts gebracht werden kann, sondern dass zeitliche Umstände verschiedener Art hierzu nötigten, petitorische Elemente aufzunehmen. Die für ein abschliessendes Urteil über die Delbrücksche Theorie nötigen Ergänzungen des hier Vorgetragenen werden bei der Darstellung der Einreden, des Klagegrundes und der Passivlegitimation gegeben werden.

Was noch die Interpretation des c. 18 durch Ziebarth[4]) betrifft, so bedarf es nach den Ausführungen S. 30 ff. keiner Worte mehr dafür, dass es eine völlige Willkür darstellt, für das c. saepe aus seiner induktiven Theorie heraus, das Erfordernis der bona fides unterzulegen. Selbst Delbrück[5]) wehrt dies Resultat ab, Bruns[6]) aber bezeichnet mit Recht dies Vorgehen als eine Handlungsweise, bei der die Kritik aufhört.

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 174, 175.

[2]) Bellamera op. cit. Concl. CXCIX p. 32 Menochius De remed retin. poss. III n. 73.

[3]) Bruns Besitzklagen S. 222. Ruffini S. 283.

[4]) Ziebarth Realexekution u. Oblig., S. 278.

[5]) Delbrück Nachträge, S. 131.

[6]) Bruns Besitzkl., 219 ff.

Lebenslauf.

Ich, Max Gaertner, bin geboren am 31. Oktober 1874 zu Steinau a/Oder als Sohn des früheren Fabrikbesitzers, jetzigen Rentiers Alwin Gaertner und seiner Ehefrau Emilie geb. Stolle. Ich bin evangelisch. Vom Gymnasium in Schweidnitz Ostern 1894 mit dem Zeugnis der Reife entlassen, studierte ich im Sommersemester 1894/95 in Tübingen Theologie und Philosophie, vom Herbst 1894 bis Herbst 1897 Rechte und Staatswissenschaften an der Kgl. Universität Breslau. Hier hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren D. Dr.:

Beling, Bennecke, Geh.-R. Brie, Bruck, Geh.-R. Dahn, Ebbinghaus, Elster, Geh.-R. Fischer, Heymann, Jörs, Kaufmann, Geh. R. Leonhard, Schott, Schulze, Sombart, Wlassak.

Am 17. Dezember 1897 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Breslau, am 26. Juli 1898 das examen rigorosum vor der juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau.

Seit 10. Januar 1898 war ich bei den Gerichten zu Halbau, Schweidnitz und Breslau, sodann bei der Kgl. Staatsanwaltschaft ebenda thätig, später arbeitete ich bei Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. Oskar Peucker zu Breslau und bin jetzt am Kgl. Amtsgericht dort beschäftigt.

Allen meinen hochverehrten Lehrern fühle ich mich zu grossem Dank verpflichtet.

Besonderen Dank sei es mir gestattet, den Herren Professoren D. Dr. Geh.-R. Leonhard, Jörs und Geh.-R. Fischer für die mir zu Teil gewordene gütige Anregung und Belehrung bei Abfassung dieser Arbeit auszusprechen, wiederum aber Herrn Geheimrat Professor Dr. Leonhard.

Gleichzeitig erlaube ich mir den geehrten Verwaltungen der Kgl. Bibliotheken hier und zu Berlin u. Göttingen sowie der Stadtbibliothek hier und den hiesigen Gerichtsbibliotheken meinen ergebensten Dank für die gewährte Unterstützung auszusprechen.

Inhaltsübersicht.

Cap. I.

Seite

Allgemeines über die Besitzentziehungsklagen. 1—23

Geschichte des Interdikts Unde Vi und der Spolienklage. Possessorische Natur der Klagen, ihr Verhältnis zu einander . . . . . 1—15

Das Interdikt de clandestina nicht begründet . . . . . 16—20

Das Interdict de precario nicht possessorisch . . . . . 21—23

Cap. II.

Die Klageberechtigung bei dem Interdikt Unde Vi. 24—42

Ansichten über: „Naturalis und civilis possessio in l 1 §§ 9,10 D 43,16 24—29

Eigene Ansicht . . . . . 30—31

Stellung zu Ciceros Rede pro Caecina . . . . . 32—40

Juris quasi possessores und Vertreter des Abwesenden . . . . . 40—41

Das Mittelalter . . . . . 41—42

Cap. III.

Die Klageberechtigung bei der actio spolii. 42—53

Canon Redintegranda . . . . . 42—44

Klagerecht des Detentors . . . . . 45—46

Die deutsche Mobiliar- und Immobiliarklage . . . . . 47—48

Die Aufnahme petitorischer Elemente im Mittelalter . . . . . 48—53

Nachstehende Dissertation ist ein Teil einer Abhandlung, welche unter dem Titel: **„Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischen und neuerem deutschem Recht“** demnächst in den von Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard herausgegebenen „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts“ (Verlag von M. & H. Marcus in Breslau) erscheinen wird.